

University of Groningen

Opzet en toerekening bij medeplegen

Postma, Anne

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Postma, A. (2014). Opzet en toerekening bij medeplegen: een rechtsvergelijkend onderzoek. Nijmegen: Wolf Legal Publisher.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Opzet en toerekening bij medeplegen

Een rechtsvergelijkend onderzoek

Anne Postma



Opzet en toerekening bij medeplegen

Een rechtsvergelijkend onderzoek

Anne Postma

ISBN: 978-94-6240-083-2

Dit onderzoek is gefinancierd door



Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek

Omslagontwerp en binnenwerk

HAP design | Harald Peters | hapdesign.nl

Uitgeverij

Wolf Legal Publishers (WLP) | wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorrecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© Anne Postma | wlp 2014



rijksuniversiteit
groningen

Opzet en toerekening bij medeplegen

Een rechtsvergelijkend onderzoek

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus, prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 20 maart 2014 om 16.15 uur

door

Anne Postma

geboren op 17 december 1982
te Oldebroek

Promotor:

Prof. mr. F.H. Vellinga-Schootstra

Copromotor:

Prof. mr. H.D. Wolswijk

Beoordelingscommissie:

Prof. mr. M.J. Borgers

Prof. mr. D.H. de Jong

Prof. mr. B.F. Keulen

Prof. mr. G. Knigge

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen

XV

Inleiding

1

Hoofdstuk 1 Medeplegen

7

1 Inleiding

7

2 De plaats van medeplegen in de deelnemingsregeling

7

2.1 Inleiding

7

2.2 Ratio en totstandkoming van de deelnemingsregeling

8

2.3 Contouren van de deelnemingsregeling

9

2.3.1 Wettelijke categorisering: ‘daders’ en ‘medeplichtigen’

9

2.3.2 Algemene voorwaarden

10

2.3.3 Directe en indirecte deelneming

11

2.4 Karakterisering en ontwikkeling van de deelnemingsvormen

13

2.4.1 Medeplegen

13

2.4.1.1 Van ‘regstreeks deelnemen’ naar ‘bewust en nauw samenwerken’

13

2.4.1.2 Het eigen aandeel van de medepleger in de delictsuitvoering

14

2.4.1.3 Parallele ontwikkeling: functioneel daderschap

19

2.4.1.4 Van causaliteit naar verantwoordelijkheid

21

2.4.2 Doen plegen, uitlokking en medeplichtigheid

21

3 Het schuldverband voor medeplegen

23

3.1 Inleiding

23

3.2 Samenwerkingsopzet

23

3.3 Schuldverband ten aanzien van het grondfeit

25

3.3.1 Uitgangspunt

25

3.3.2 Objectieve strafbepalende bestanddelen

27

3.3.2.1 Directe deelnemer

27

3.3.2.2 Indirecte deelnemer

31

3.3.3 Subjectieve strafbepalende bestanddelen

32

3.3.4 Kwalificerende gevolgen

33

3.3.5 Kwalificerende omstandigheden

35

3.3.5.1 Inleiding

35

3.3.5.2 Wetsgeschiedenis

36

3.3.5.3 Aansprakelijkheidsbeperking: opzet

40

3.3.5.4 Aansprakelijkheidsbeperking: voorzienbaarheid

40

3.3.5.5 Aansprakelijkheidsbeperking; redelijke toerekening	41
3.3.5.6 Besluit en vooruitblik	43
3.4 Samenhangende delicten	44
3.4.1 Inleiding	44
3.4.2 Eerste opvatting: delictsomschrijving bepaalt schuldverband	44
3.4.3 Tweede opvatting: aanpassing schuldverband	44
3.4.4 Derde opvatting: geen schuldverband	46
3.4.5 Tussenconclusie	49
3.5 Besluit	50
4 Afwijkingen tussen het gepleegde feit en het door de deelnemer voorgestelde feit	51
4.1 Inleiding	51
4.2 De heersende benadering	52
4.2.1 Ruime invulling van het opzet op het grondfeit	52
4.2.2 Opzet op een deel van het grondfeit	53
4.3 Het alternatieve aansprakelijkheidsmodel van Knigge	55
4.3.1 Aanleiding	55
4.3.2 De betekenis van de accessoriteitseis	56
4.3.3 Het aansprakelijkheidsmodel voor indirecte deelnemers	57
4.3.4 De aansprakelijkheid van de medepleger	60
4.3.4.1 Samenwerkingskader en delictsoptzet	60
4.3.4.2 Raakvlakken met functioneel plegen	63
4.3.5 Besluit	64
5 Het bewijs van medeplegen ten aanzien van binnen of buiten het gezamenlijk plan vallende delicten	64
5.1 Inleiding	64
5.2 Delictsoptzet en categorisering casuïstiek	65
5.2.1 Begrip en bewijs van voorwaardelijk opzet	65
5.2.2 Gezamenlijk plan	68
5.3 Delict ligt als kwade kans besloten in gezamenlijk plan	71
5.3.1 Delict ligt besloten in samenwerkingsdoel	71
5.3.2 Delict ligt besloten in uitvoeringsaspect	72
5.4 Delict valt buiten gezamenlijk plan	78
5.4.1 Eigengereid optreden van de mededader	78
5.4.2 Toenemende geweldsspiraal	83
5.5 Tussenconclusies	86
5.5.1 De risicosfeer van de bewuste en nauwe samenwerking	86
5.5.2 Ruime invulling van het voorwaardelijk opzet op delictsbestanddelen	88
6 Globaal opzet op de vervullingswijze van het delict	90
6.1 Inleiding	90
6.2 Het opzet van de fysieke pleger	91
6.3 Het opzet van de deelnemer	93
6.3.1 Opvattingen in de literatuur	93
6.3.2 Het geldende recht	95
6.3.2.1 Voorwaardelijk en globaal opzet	95

6.3.2.2 Voorbeelden uit de rechtspraak	97
6.3.2.3 Globaal opzet bij door het gevolg gekwalificeerde delicten	100
6.4 Besluit	103
7 Conclusie	104

Hoofdstuk 2 Mittäterschaft **107**

1 Inleiding	107
2 Täter en Teilnehmer	107
2.1 Kernbepalingen: § 25–27 StGB	107
2.2 Het onderscheid tussen Täter en Teilnehmer in de dogmatiek	109
2.2.1 De voorlopers van de Tatherrschaftslehre	109
2.2.2 De Tatherrschaftslehre	111
2.3 Rechtspraak: de normative Kombinationstheorie	112
2.4 Besluit	113
3 De contouren van Mittäterschaft	114
3.1 Inleiding	114
3.2 Mittäterschaft als vorm van Täterschaft	114
3.2.1 Karakter	114
3.2.2 Het vervullen van de delictsomschrijving	115
3.3 Vereisten	116
3.3.1 Inleiding	116
3.3.2 Tatplan	116
3.3.2.1 Functies	116
3.3.2.2 Inhoud	117
3.3.3 Gezamenlijke uitvoering	119
3.4 Toepassingsbereik	121
3.4.1 Vorsatzdelikte	121
3.4.2 Erfolgsqualifizierte Delikte	121
3.4.2.1 Achtergrond	121
3.4.2.2 Tatbestandstypische Gefährdusammenhang en schuldverband	123
3.4.2.3 Erfolgsqualifizierte Delikte en Mittäterschaft	125
3.5 Bijzondere verschijningsvormen	126
3.5.1 Teilweise Mittäterschaft	126
3.5.2 Sukzessive Mittäterschaft	128
4 Vorsatz	131
4.1 Inleiding	131
4.2 Het begrip Vorsatz	131
4.2.1 Gradaties	131
4.2.2 Eventualvorsatz	132
4.3 § 15 en 16 StGB	135
4.3.1 Vorsatz en Tatumstände	135
4.3.2 De Konkretisierungs- en Gleichwertigkeitstheorie	136
4.3.3 Vooruitwijzing	138

4.4 Wezenlijke afwijkingen sluiten het Vorsatz uit	138
4.4.1 Rechtspraak	138
4.4.1.1 Täter	138
4.4.1.2 Mittäter	140
4.4.2 Heersende leer: objectieve en subjectieve toerekening	142
4.4.3 De Lehre von der objektive Zurechnung	142
4.4.4 Subjectieve toerekening: Planverwirklichung	144
4.4.4.1 Täter	144
4.4.4.2 Mittäter	148
4.4.5 Besluit	148
5 Afwijkingen tussen het gepleegde en het door de Mittäter voorgestelde feit	149
5.1 Inleiding	149
5.2 Eerste thema: de uitleg van het Tatplan	150
5.2.1 Het Tatplan is bepaald	150
5.2.2 Het Tatplan is onbepaald	152
5.2.3 Relevantie	154
5.3 Tweede thema: de Exzessregeln	155
5.3.1 De criteria	155
5.3.2 Toerekeningscriterium: gelijkwaardige feitelijke delictshandeling	156
5.3.3 Toerekeningscriterium: onverschilligheid	158
5.3.4 Toerekeningscriterium: te verwachten afwijking	160
5.3.5 Besluit	166
5.4 Derde thema: mededader handelt in dwaling	167
5.5 Vierde thema: sukzessive Mittäterschaft	171
5.5.1 Dolus subsequens en het benutten van de overschrijding van het Tatplan	171
5.5.2 Besluit	174
5.6 Tussenbalans: het ruime bereik van het Vorsatz van de Mittäter	175
5.7 Fahrlässige veroorzaking in het kader van § 227 StGB	176
5.7.1 Inleiding	176
5.7.2 Rechtspraak	177
5.7.3 Het ‘gruppenspezifische Eskalationsrisiko’	180
5.7.4 Besluit	183
5.8 Niet aansprakelijk voor een aliud	184
5.8.1 Inleiding	184
5.8.2 Rechtspraak	186
5.8.2.1 Aanknopingspunt: Zäsur	186
5.8.2.2 Aanknopingspunt: Vorsatz	189
5.8.3 Besluit	191

Hoofdstuk 3 Joint Criminal Enterprise	193
1 Inleiding	193
2 Participation in crime	194
2.1 Inleiding	194
2.2 Principals	194
2.2.1 De principal als (mede)veroorzaker van het delict	194
2.2.2 Actus reus en mens rea	197
2.2.3 De aansprakelijkheid voor murder en manslaughter	199
2.3 Accessories	201
2.3.1 Plaatsbepaling	201
2.3.2 Aansprakelijkheidsvoorwaarden	203
2.3.2.1 Actus reus	203
2.3.2.2 Mens rea	205
2.4 Joint criminal enterprise	209
2.4.1 Contouren	209
2.4.2 Componenten	211
2.4.2.1 Common purpose	211
2.4.2.2 Foresight-test	214
2.4.2.3 Collateral offence is begeleidend risico	217
2.4.2.4 Voortzetten participatie in jce	218
2.4.3 Verschijningsvorm van accessoryship	219
2.4.4 Voorstel Law Commission: herijking joint criminal enterprise	221
2.5 Besluit	223
3 De legitimiteit van de aansprakelijkheidsverruiming van de jce	224
3.1 Inleiding	224
3.2 Effectiviteit van het strafrecht	225
3.3 Strafrechtelijke grondslag	226
3.3.1 Inleiding	226
3.3.2 Assumption of risk model	227
3.3.3 Enhancement of risk approach	228
3.3.4 Change of normative position	230
3.3.4.1 Principal	230
3.3.4.2 Jce-deelnemer	232
3.3.4.3 Kanttekeningen	234
3.4 Besluit	235
4 Afwijkingen tussen het gepleegde en het door de jce-deelnemer voorgestelde feit	237
4.1 Inleiding	237
4.2 De mededader wijkt onvrijwillig af van de common purpose	238
4.3 De mededader wijkt vrijwillig af van de common purpose	241
4.3.1 Inleiding	241
4.3.2 Limiterend principe I: Voluntary and Causally Independent Principal	241
4.3.3 Limiterend principe II: Express Limited Authority	244
4.3.3.1 Voorbeelden	244
4.3.3.2 Beperkte reikwijdte	246

4.3.4 Tussenbalans	248
4.3.5 Limiterend principe III: de fundamentally different act-rule bij murder en manslaughter	249
4.3.5.1 Inleiding	249
4.3.5.2 De zaak 'English'	250
4.3.5.3 Casuïstiek: wanneer is een handeling 'fundamentally different'?	251
4.3.5.4 Toepassingsbereik en rechtsgevolg	254
4.3.5.5 De fundamentally different act-rule: afronding	256
4.4 Besluit	258

Hoofdstuk 4 Slotbeschouwing **261**

1 Inleiding	261
2 Medeplegen als verschijningsvorm van plegen	262
2.1 Inleiding	262
2.2 De machtsrelatie tot de feitelijke delictshandeling	262
2.3 Medeplegen als gelijkwaardige samenwerking	264
3 Aansprakelijkheid voor het door de mededader vervulde deel van het delict: een wisselwerking tussen samenwerking, causaliteit en schuldverband	266
3.1 Inleiding	266
3.2 De notie 'aansprakelijkheid voor het geheel'	267
3.3 Medeplegen als het plegen van een gevolgsdelict	269
3.3.1 Plegen: delictshandeling, causaliteit en schuldverband	269
3.3.2 Samenwerkende actor: samenwerking, causaliteit en schuldverband	272
3.3.2.1 Inleiding	272
3.3.2.2 Uitgelicht: causaliteit	275
3.3.2.3 Uitgelicht: samenwerking als gezamenlijke gevaarzetting	278
3.3.3 De feitelijke delictshandeling als schakel tussen samenwerking en delictsomschrijving	285
3.3.3.1 Inleiding	285
3.3.3.2 De deelnemingsnorm: bewuste en nauwe samenwerking	285
3.3.3.3 De bijzondere norm: delictsomschrijving	287
3.4 Eerste aansprakelijkheidsmodel: causaliteit en schuldverband betrokken op feitelijke delictshandeling	289
3.4.1 Inleiding	289
3.4.2 Mittäterschaft en jce-aansprakelijkheid in het kader van erfolgsqualifizierte Delikte respectievelijk constructive liability	290
3.4.3 Medeplegen	292
3.5 Tweede aansprakelijkheidsmodel: wel causaliteit, geen schuldverband ten aanzien van feitelijke delictshandeling	294
3.5.1 Inleiding	294
3.5.2 Rechtspraak van het BGH	295
3.5.3 Knigges benadering van medeplegen	296

3.5.4 Reijntjes' benadering van medeplegen	299
3.6 Algemeen aansprakelijkheidsmodel voor medeplegen	301
3.6.1 Inleiding	301
3.6.2 Plaatsbepaling	301
3.6.3 Het causaal verband tussen samenwerking en feitelijke delictshandeling: casuïstiek	305
3.6.3.1 Inleiding	305
3.6.3.2 Casuïstiek	307
3.6.4 Schuldverband	310
3.6.4.1 Inleiding	310
3.6.4.2 Het delictsoptzet van de medepleger	310
3.6.4.3 Het delictsoptzet bij een door het gevolg gekwalificeerd delict	314
3.6.4.4 Uiteenlopend optzet of schuldverband	316
3.6.4.5 Het bewijs van delictsoptzet uit oogpunt van optzet op delictsbestanddelen	318
4 Besluit	323
Zusammenfassung	327
Summary	333
Lijst van verkort aangehaalde literatuur	339
Rechtspraakregister	353
Curriculum Vitae	359

Lijst met afkortingen

aant.	aantekening
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
AG	Attorney General
A-G	Advocaat-Generaal
All ER	All England Law Reports
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
Arch. Rev.	Archbold Review
art.	artikel(en)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
CAG	Conclusie Advocaat-Generaal
CLJ	The Cambridge Law Journal
CLR	Criminal Law Review
Crim App R	Criminal Appeal Reports
CvR	Commissie van Rapporteurs
DD	Delikt en Delinkwent
d.i.	dat is
e.a.	en anderen
e.v.	en volgende
EWCA Crim	England and Wales Court of Appeal, Criminal Division
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
G.O.	Gewijzigd Ontwerp
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
i.h.b.	in het bijzonder
JA	Juristische Arbeitsblätter
jo.	juncto
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
KB	Law Reports, King's Bench
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
LK	Leipziger Kommentar
LQR	Law Quaterly Review
m. nt.	met noot van

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK	Münchener Kommentar
MLR	The Modern Law Review
MvT	Memorie van Toelichting
NCLR	New Criminal Law Review
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NM	Nomos Kommentar
No	number
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report
nr.	nummer
nt.	noot
o.a.	onder andere
Opw	Opiumwet
O.R.O.	Oorspronkelijk Regerings-Ontwerp
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
QB	Law Reports, Queen's Bench
p.	pagina
red.	redactie
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn.	Randnummer
RTR	Road Traffic Reports
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
r.o.	rechtsoverweging
SA	South African Law Reports
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
StGB	Strafgesetzbuch
StPo	Strafprozeßordnung
suppl.	supplement
Sv	Wetboek van Strafvordering
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKSC	United Kingdom Supreme Court
vgl.	vergelijk
W	Weekblad van het Regt
WED	Wet op de Economische Delicten
WVW	Wegenverkeerswet 1994
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium

Inleiding

Probleemstelling

Het gebeurt niet zelden dat meer dan één persoon is betrokken bij het begaan van een strafbaar feit. Zo kan het zijn dat naast de gewapende uitvoerder van een bankoverval, een persoon staat die de vluchtauto bestuurt, het wapen levert en op de uitkijk staat. Een derde betrokkene heeft zowel opdracht gegeven tot de bankroof als vorm en inhoud gegeven aan het berovingsplan. In een geval als dit, wordt geen recht gedaan als alleen de fysieke uitvoerder van de overval wordt bestraft. Met het oog daarop biedt de deelnemingsregeling mogelijkheden om ook de tweede en derde betrokkene aansprakelijk te houden voor de bankoverval. In gevallen waarin het delict niet het resultaat is van een eenmansactie, maar het product is van een daarop gerichte bewuste en nauwe samenwerking tussen meerdere betrokkenen, is sprake van medeplegen. In materieelrechtelijk opzicht bewerkstelligt die figuur dat alle gedragingen die worden verricht in het kader van het gezamenlijk optreden, kunnen worden toegerekend aan de afzonderlijke medeplegers. In het voorbeeld kunnen de gedragingen van de fysieke uitvoerder voor rekening worden gebracht van de tweede (de bestuurder, uitkijk en wapenleverancier) en derde betrokkene (het brein) bij de overval. Allen zijn medepleger van die bankoverval. Behalve de mogelijkheid tot wederzijdse toerekening van gedragingen, heeft de aansprakelijkheidsgrond medeplegen ook een bewijsrechtelijk voordeel: in de bewezenverklaring hoeft slechts tot uitdrukking te worden gebracht dat de betreffende gedraging is verricht door een van de medeplegers. In het midden mag blijven wie van de medeplegers – verdachte of een van zijn handlangers – die gedraging heeft verricht. Tegen de achtergrond van de materieelrechtelijke verruiming die en het bewijsrechtelijke voordeel dat medeplegen meebrengt, is te begrijpen dat deze aansprakelijkheidsfiguur een belangrijke rol speelt in de rechtspraktijk.¹

In het bestek van dit proefschrift wordt de aandacht gericht op een facet van medeplegen: de aansprakelijkheid van de ene medepleger voor het deel van het opzetdelict dat de andere medepleger (hierna: mededader) vervult. In het bijzonder draait het om casus waarin de delictsuitvoering *afwijkt* van de voorstelling die de medepleger zich daarvan heeft gemaakt. In de te bestuderen situaties is het telkens de mededader die de afwijking in het leven roept. Toegepast op bovenstaand voorbeeld: tijdens de uitvoering van de geplande bankoverval schiet de mededader gericht op een bankbediende, omdat deze zich verzet of treuzelt bij het openen van de kluis. De bediende overlijdt aan zijn verwondingen. Of: anders dan afgesproken komt de betrapte mededader niet toe aan het stelen

1 Vgl. De Hullu 2012, p. 434. De auteur merkt medeplegen aan als de ‘belangrijkste deelnemingsvorm’.

van geld uit de bankkluis, maar rukt hij tijdens de vlucht een gouden armband van de pols van de bankbediende. Weer anders: de mededader vergist zich, en hij berooft een andere bank dan was afgesproken. Dergelijke gevallen roepen de vraag op of ook de tweede en derde betrokkene als medepleger aansprakelijk zijn voor de betreffende delictsuitvoering en, zo ja, voor welk delict.

In gevallen als hierboven wordt het antwoord in dogmatiek en rechtspraak gezocht in het (voorwaardelijk) *opzet* van de medepleger: diens opzet moet zijn gericht op het gepleegde delict, en als zodanig begrenst dat opzet het bereik van zijn aansprakelijkheid. Wellicht staan de aansprakelijkheidsresultaten die in de rechtspraak worden gegenereerd – de medepleger is in een bijzonder geval wel of niet aansprakelijk voor de afwijkende delictsuitvoering van de mededader – niet eens zozeer ter discussie in de literatuur. Sommige schrijvers hebben in de afgelopen jaren echter kritiek geuit op de *dogmatische inbedding* van die resultaten.² In de kern komt die kritiek er op neer dat in de rechtspraak soms dermate lage eisen worden gesteld aan het bewijs van opzet dat de bewezenverklaring daarvan in feite een toerekeningsoordeel is. In een dergelijk geval wordt een oneigenlijke inhoud gegeven aan het opzet van de medepleger: een uitspraak over de *geestesgesteldheid* van de medepleger – het ‘bewust aanvaarden’ van de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg (voorwaardelijk opzet) – is in feite niet meer dan de *toerekening* van het gebeurde aan de medepleger, op basis van factoren die zijn gelegen buiten de geestesgesteldheid. Misschien wordt het oordeel over de aansprakelijkheid van de medepleger dus mede gedicteerd door factoren die zich moeilijk laten inpassen in het huidige begrippenkader, in het bijzonder het opzet. Die gedachte is de aanleiding geweest voor het onderhavige onderzoek.

Het voorgaande leidt mij tot de volgende centrale vraagstelling: welke factoren spelen een rol of zouden een rol moeten spelen bij het bepalen van de aansprakelijkheid van de medepleger voor het door de mededader vervulde deel van het opzetdelict, en hoe kunnen deze factoren dogmatisch worden ingebed?

Afbakening en onderzoeksmethode

De studie concentreert zich op de aansprakelijkheid van de medepleger voor opzetdelicten. De reden is dat het afwijkingsvraagstuk zich bij die categorie delicten het veelvuldigst voordoet. In de regel gaat het om geweldsescalaties in de context van doleuze geweldsdelicten. De aansprakelijkheid voor culpoze delicten en overtredingen komt alleen zijdelings aan de orde. Verder is het onderzoek nauw betrokken op het positieve recht, in die zin dat vooral wordt gereflecteerd op casus die in de jurisprudentie naar voren komen.

Gekozen is voor een extern rechtsvergelijkend onderzoek. In de eerste plaats wordt de Duitse aansprakelijkheidsgrond ‘Mittäterschaft’ bestudeerd. Voor die keuze spreekt dat rechtsvergelijking met Duitsland in algemene zin waardevol is bij juridisch-dogmatisch onderzoek, vanwege de systematische benadering die eigen is aan de Duitse rechtswetenschap. Daarbij zijn medeplegen

2 Zo De Jong 2009b; Knigge 2003; Reijntjes 2004, 2005 en 2007.

en Mittäterschaft nauw verwant, en om die reden goed vergelijkbaar: beide figuren zijn verschijningsvormen van plegen onderscheidenlijk Täterschaft en bij beide aansprakelijkheidsgronden wordt de aansprakelijkheid begrensd door het opzet van de medepleger respectievelijk Vorsatz van de Mittäter. Het verschil met de Nederlandse rechtspraak is dat het Vorsatz een toerekeningscomponent kent, die tot op zekere hoogte wordt geëxpliciteerd in de Duitse rechtspraak. In de tweede plaats wordt de figuur 'joint criminal enterprise' in kaart gebracht, in de context van het stelsel van Engeland (en Wales). De joint criminal enterprise is interessant juist vanwege de verschillen met medeplegen. De aansprakelijkheidsgrond functioneert in een wezenlijk ander rechtstelsel (common law), en meer dan bij medeplegen wordt betekenis toegekend aan het collectieve karakter van strafrechtelijk relevante samenwerking. Niet zonder reden grijpen sommige Nederlandse schrijvers bij hun standpuntbepaling terug op deze figuur.³

Tegen de achtergrond van de centrale vraagstelling wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het bereik van de betreffende aansprakelijkheidsgrond, de juridische begrippen aan de hand waarvan die reikwijdte wordt bepaald en de vraag of de invulling van die begrippen in enerzijds de rechtspraak en anderzijds de dogmatiek op gespannen voet staan met elkaar. De externe rechtsvergelijking heeft een tweeledig doel. Allereerst wordt de vergelijking gebruikt om factoren op het spoor te komen die van invloed zijn op de aansprakelijkheid van de Mittäter onderscheidenlijk participant in een joint criminal enterprise. Deze inventarisatie kan worden gebruikt als referentiepunt bij de beoordeling welke factoren de aansprakelijkheid van de medepleger zouden moeten beïnvloeden. Behalve dat de rechtsvergelijking licht werpt op die factoren, biedt deze ook zicht op de dogmatische inbedding daarvan. Die inbedding kan op soortgelijke wijze inspiratie bieden voor de benadering van medeplegen.

Indeling van het boek en terminologie

De dissertatie telt vier hoofdstukken. In de eerste drie worden achtereenvolgens medeplegen, Mittäterschaft en de joint criminal enterprise in kaart gebracht. Die hoofdstukken kennen een aantal gemeenschappelijke onderwerpen. Zo wordt telkens aandacht besteed aan de positie die de betreffende aansprakelijkheidsgrond inneemt in de deelnemingsregeling. Verder wordt uitvoerig aandacht besteed aan het vereiste schuldverband. Dat schuldverband begrenst de aansprakelijkheid van de deelnemer voor gedragingen van de mededader en de gevolgen daarvan. Ten slotte maakt een jurisprudentieonderzoek deel uit van ieder hoofdstuk. De rechtspraak laat immers bij uitstek zien welke factoren een rol spelen bij de aansprakelijkheid van de deelnemer voor het deel van het opzettelijk delict dat zijn mededader vervult. In het vierde hoofdstuk wordt voortgebouwd op de inzichten die zijn verkregen in de voorafgaande hoofdstukken. In dit laatste hoofdstuk, dat het karakter heeft van een slotbeschouwing, wordt een aansprakelijkheidsmodel van medeplegen voorgesteld dat enigszins afwijkt van de heersende benadering.

3 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.4.5. Het betreft de opvattingen van Reijntjes en A-G Keijzer.

Voor een goed begrip volgt een aantal opmerkingen over de terminologie. Allereerst wat betreft het begrip ‘(voorwaardelijk) opzet’. Het begrip ‘opzet’ gebruik ik als verzamelterm voor alle gradaties van opzet. Het ‘voorwaardelijk opzet’ is daarbij dus inbegrepen. Voor het Duitse hoofdstuk geldt hetzelfde: ‘Vorsatz’ omsluit ‘Eventualvorsatz’. Het opzet speelt een belangrijke rol in de rechtspraak over medeplegen. Bij de analyse van die rechtspraak sluit ik aan bij de dogmatische invulling van dat begrip die heersend lijkt te zijn: de componenten ‘weten’ en ‘willen’ hebben een psychische inhoud, het bewijs daarvan kan evenwel objectiverend – ervaringsregels, uiterlijke verschijningsvorm van de geodraging – worden vastgesteld.⁴

Verder worden de aanduidingen ‘medepleger’ en ‘mededader’ onderscheiden. De aansprakelijkheid van de medepleger is telkens onderwerp van onderzoek. In verband daarmee is relevant of het door zijn mededader vervulde deel van het opzetdelict voor rekening kan worden gebracht van de medepleger. De begrippen ‘delictshandeling’, ‘delictsgevolg’ en ‘delictsoptzet’ duiden op de eisen die uit hoofde van de betreffende delictsomschrijving worden gesteld aan respectievelijk de ‘handeling’, het ‘gevolg’ en het ‘opzet’. De concrete vervullingswijze van die delictshandeling onderscheidenlijk dat gevolg verwoord ik met de termen ‘feitelijke delictshandeling’ en ‘feitelijk delictsgevolg’. Bijvoorbeeld: de mededader begaat een zware mishandeling (art. 302 lid 1 Sr) door opzettelijk slagen met een knuppel toe te brengen (feitelijke delictshandeling) waardoor slachtoffer X zwaar lichamelijk letsel oploopt, bestaande in twee verbrijzelde bovenbenen (feitelijk delictsgevolg). De benaming ‘uitvoeringshandeling’ ten slotte, duidt aan dat de ‘feitelijke delictshandeling’ is verricht binnen het kader van de samenwerking; een dergelijke handeling kan om die reden over en weer worden toegerekend aan de verschillende medeplegers.

Het onderzoek is afgesloten op 1 augustus 2013.

4 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 5.2.1.

Hoofdstuk 1

Medeplegen

1 Inleiding

Medeplegen komt in beeld wanneer twee of meer actoren in samenwerking een delict begaan. Het standaardtype is medeplegers die op basis van een gezamenlijk plan om een delict te plegen, dat delict samen ten uitvoer brengen. Bijvoorbeeld: A en B hebben het plan om C te mishandelen door hem vuistslagen toe te brengen, waarop A en B deze C mishandelen door hem gezamenlijk vuistslagen toe te brengen. In dit standaardtype van medeplegen zijn alle medeplegers betrokken bij het plan en de uitvoering daarvan, en is de uitvoering van het delict identiek aan wat de medeplegers beoogden. Uit de inleiding van dit proefschrift kon al worden opgemaakt dat medeplegen echter ook gevallen beslaat die *niet* behoren tot dit standaardtype. De mogelijkheid tot taakverdeling maakt bijvoorbeeld dat een medepleger soms niet rechtstreeks is betrokken bij de uitvoering van het plan. Ook doen zich regelmatig gevallen voor waarin de uitvoering *niet* volgens plan verloopt. In dit hoofdstuk wordt de aandacht gericht op casusposities als deze, waarin het telkens de vraag is of de medepleger – die al dan niet aanwezig is bij de uitvoering – verantwoordelijk is voor handelingen van mededaders die vooraf niet zijn afgesproken, en gevolgen daarvan.

Daartoe wordt de figuur medeplegen afgezet tegen de overige deelnemingsvormen. In dat verband zal ook de ontwikkeling worden geschetst, waarin het medeplegen is verruimd tot gevallen waarin de medepleger niet rechtstreeks is betrokken bij de uitvoering van het delict. Het vereiste schuldverband voor medeplegen komt – wederom geplaatst tegenover dat van de overige deelnemers – in paragraaf 3 aan de orde. Daarmee is het materieelrechtelijke kader van medeplegen geschetst. In paragraaf 4 wordt in kaart gebracht hoe gevallen worden benaderd, waarin het gepleegde delict op enige wijze afwijkt van het door de deelnemer beoogde strafbaar feit. De heersende opvatting in literatuur en rechtspraak over deze kwestie wordt geplaatst tegenover de alternatieve benadering van Knigge. In paragraaf 5 en 6 richt ik de aandacht op jurisprudentie van de Hoge Raad die betrekking heeft op de in paragraaf 4 bedoelde afwijkingen. Ik besluit met een conclusie.

2 De plaats van medeplegen in de deelnemingsregeling

2.1 Inleiding

In deze paragraaf zal blijken dat van de deelnemingsvormen de aansprakelijkheidsgrond ‘medeplegen’ het nauwst verwant is met het ‘plegen’ van een strafbaar feit. Medeplegers zijn directe deelnemers die *in plaats* van de pleger een strafbaar feit verwezenlijken. De wetgever lijkt met medeplegen het oog te hebben gehad op situaties waarin twee of meer personen gezamenlijk

een delict *feitelijk* uitvoeren. Mede door de ontwikkeling van een functioneel handelingsbegrip (functioneel daderschap) omvat de aansprakelijkheidsgrond tegenwoordig ook gevallen waarin een medepleger niet of nauwelijks is betrokken bij die feitelijke uitvoering. Ook aan deze ontwikkeling wordt aandacht besteed.

2.2 Ratio en totstandkoming van de deelnemingsregeling

Het merendeel van de strafbepalingen in het Wetboek van Strafrecht (Sr) is toegesneden op de pleger. Zo richt het delict doodslag zich alleen tot degene die alle delictsbestanddelen eigenhandig vervult; hij die ‘opzettelijk een ander van het leven berooft’ is strafbaar als pleger van doodslag (art. 47 lid 1 sub 1 jo. 287 Sr). De wetgever heeft echter niet alleen het plegen van dergelijke delicten onder het bereik van de strafwet willen brengen. Hij heeft ook een bepaalde mate van *betrokkenheid* bij een strafbaar feit als strafwaardig aangemerkt. Die strafwaardige rol bij de totstandkoming van een delict is neergelegd in de deelnemingsregeling; deelnemers plegen niet eigenhandig een delict, maar zij zijn strafbaar vanwege hun strafbaar gestelde betrokkenheid bij de vervulling van die delictsbestanddelen.¹

De deelnemingsregeling breidt dus het bereik van de strafwet uit. Over de ratio van die uitbreiding heeft de wetgever zich niet uitdrukkelijk uitgelaten, wellicht ook omdat de strafwaardigheid van deelneming voor de hand ligt.² Die evidentie blijkt mede uit het feit dat veel verwante rechtsstelsels al een deelnemingsregeling kenden ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht.³ De behoefte aan strafbaarheid van ‘aanstichters of helpers’, verklaart R Emmelink uit de (gewijzigde) gerichtheid van het strafrecht tegen ‘de delinquent zelf als het aan de gemeenschap vijandige element’.⁴

De deelnemingsregeling maakte van het begin af aan deel uit van het Wetboek van Strafrecht.⁵ Dit wetboek was het resultaat van de toenemende ontevredenheid over de voordien van kracht zijnde Code Pénal.⁶ Deze onvrede leidde in 1870 tot de instelling van ‘De Staatscommissie voor de Zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht’. Op 23 mei 1875 bood de Staatscommissie, ook wel aangeduid als ‘Commissie-De Wal’, haar ontwerp-wetboek aan de koning aan. Onderdelen van het daaropvolgende advies van de Raad van State aan de minister van justitie over dat ontwerp werden verwerkt in het oorspronkelijke concept. Het zogeheten Oorspronkelijk Regerings-Ontwerp (O.R.O.) werd vervolgens

-
- 1 Die hoofdregel kent een uitzondering; het is niet vereist, maar wel mogelijk dat de medepleger zelfstandig *alle* delictsbestanddelen vervult.
 - 2 Zo bijvoorbeeld De Hullu 2012, p. 415: vaak zijn meerdere personen betrokken bij een delict, waarbij die betrokkenheid ‘zo substantieel [kan] zijn dat deze strafwaardig wordt, zo schadelijk en gevaarlijk dat strafrechtelijke aansprakelijkstelling op zijn plaats is’. In gelijke zin De Jong 2007, p. 113.
 - 3 Zo kenden de strafwetten van Frankrijk en België al een deelnemingsregeling (zie Van Toorenburg 1998, p. 23–28), evenals het Noord-Duitse ‘Strafgesetzbuch’ (zie R Emmelink 1996, p. 423).
 - 4 R Emmelink 1996, p. 422.
 - 5 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de ontstaansgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: Bosch 1965, i.h.b. p. 31–52.
 - 6 Zie Bosch 1965, p. 43.

voorgelegd aan een door de Tweede Kamer samengestelde Commissie van Rapporteurs (CvR). Overleg tussen de minister van justitie en de rapporteurs leidde tot een Gewijzigd Ontwerp (G.O.). Dit ontwerp werd in 1880 aan de volksvertegenwoordiging voorgelegd. Uiteindelijk is het Wetboek van Strafrecht ingevoerd bij wet van 3 maart 1881, *Stb.* 35 en in werking getreden op 30 januari 1886. De deelnemingsregeling kent vier deelnemingsvormen: *doen plegen*, *medeplegen*, *uitlokking* en *medeplichtigheid*.⁷ De huidige wettekst, die nauwelijks verschilt van die van 1886⁸, luidt:

Art. 47

1 Als daders van een strafbaar feit worden gestraft:

1° zij die het feit plegen, doen plegen of medeplegen;

2° zij die door giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, of misleiding of door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen het feit opzettelijk uitlokken.

2 Ten aanzien van de laatsten komen alleen die handelingen in aanmerking die zij opzettelijk hebben uitgelokt, benevens hun gevolgen.

Art. 48

Als medeplichtigen van een misdrijf worden gestraft:

1° zij die opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf;

2° zij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen tot het plegen van het misdrijf.

Art. 49

1 Het maximum van de hoofdstraffen op het misdrijf gesteld wordt bij medeplichtigheid met een derde verminderd.

(...)

4 Bij het bepalen van de straf komen alleen die handelingen in aanmerking die de medeplichtige opzettelijk heeft gemakkelijk gemaakt of bevorderd, benevens hun gevolgen.

2.3 Contouren van de deelnemingsregeling

2.3.1 Wettelijke categorisering: ‘daders’ en ‘medeplichtigen’

De strafwet maakt onderscheid tussen ‘daders’ (art. 47 Sr) en ‘medeplichtigen’ (art. 48 Sr). Uit de wettekst van art. 47 Sr blijkt dat doen plegers, medeplegers en uitlokkers, evenals de pleger, ‘als daders’ worden gestraft. Daarmee onderscheiden deze deelnemers zich van de medeplichtige. De wetgever van 1886 sprak zich weliswaar niet uitdrukkelijk uit over de ratio van dit verschil, maar die ratio blijkt impliciet uit de wetsgeschiedenis. De wetgever leek de opvatting toegedaan dat daders het delict (mede)veroorzaken, terwijl medeplichtigheid

7 Zie voor een beschrijving van deze wetsgeschiedenis: Van Woensel 1993, p. 107-117, 141-145.

8 Het enige inhoudelijke verschil tussen de huidige wettekst en die van 1886 is dat het huidige art. 47 lid 1 onder 2° een drietal uitlokkingsmiddelen kent dat de bepaling in 1886 niet kende (‘het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen’).

wordt gekenmerkt door een niet-rechtstreekse betrokkenheid bij het delict; de medeplachtige verleent slechts hulp bij het plegen van het strafbaar feit (art. 48 Sr).⁹ Anders gezegd: de dader is een '(hoofd)veroorzaker' van het grondfeit, de medeplachtige is een 'begunstigende voorwaarde' voor de verwezenlijking van het delict.¹⁰ Daarmee is daderschap strafwaardiger dan medeplachtigheid.¹¹

De in art. 47 Sr genoemde daderschapsvormen worden in de wet nader gedifferentieerd; doen plegen en medeplegen worden in één adem genoemd met het plegen van 'het feit' (lid 1, sub 1), terwijl het uitlokken van 'het feit' is neergelegd in een afzonderlijke subbepaling (sub 2). De reden daarvoor is dat de wetgever de eerstgenoemde drie daders beschouwde als *auctores physici* (fysieke daders); de pleger pleegt het delict 'persoonlijk', de medepleger pleegt het delict met een ander, de doen pleger pleegt het strafbaar feit door middel van een ander ('als werktuig in zijne hand').¹² Plegers en medeplegers zijn daarmee onmiddellijke daders ('materiële daders'), doen plegers zijn middellijke daders, allen zijn fysieke daders. Uitlokkers zijn *auctores intellectuales* (intellectuele daders). Zij zetten een ander aan om een delict te begaan: 'in hen is de oorzaak van het strafbare feit gelegen, zij brengen het regstreeks teweeg, zonder hen zoude het veelal niet gepleegd zijn'.¹³

2.3.2 Algemene voorwaarden

Inherent aan het deelnemen aan een strafbaar feit is dat die betrokkenheid tot op zekere hoogte een onzelfstandig (accessoir) karakter draagt. De strafbaarheid van deelneming hangt af van de vraag of die betrokkenheid in verband staat met een gepleegd strafbaar feit (het zogenaamde *grondfeit*). Enkel bij de aanwezigheid van dat grondfeit is deelneming strafbaar. Dit wordt wel het *accessoriteitsvereiste* genoemd.¹⁴ Het stellen van deze accessoriteitseis brengt tot uiting dat de wet-

9 Immers, de pleger vervult zelfstandig en de medeplegers vervullen gezamenlijk alle delictsbestanddelen, en de doen plegen en uitlokker zetten een al dan niet straffeloze ander aan om een delict te begaan.

10 Zo Wolswijk 2007, p. 184; Nieboer 1991, p. 201-203 en Van Hamel 1927, p. 382-383.

11 Zo is medeplachtigheid alleen strafbaar ten aanzien van misdrijven en wordt bij medeplachtigheid het strafmaximum met een derde verminderd (art. 49 lid 1 Sr).

12 Smidt I 1891, p. 434-435.

13 Smidt I 1891, p. 435.

14 In de literatuur worden aan dat accessoriteitsvereiste verschillende betekenissen toegekend. Zo lijkt De Hullu dat vereiste vooral te gebruiken in verband met de *kans* dat, nadat de deelnemingshandeling is verricht, een grondfeit wordt verwezenlijkt. Dat brengt de schrijver ertoe te stellen dat 'accessoriteit' vaak een gegeven is bij medeplegen en gelijktijdige medeplachtigheid, deelnemingsvormen die 'dicht op het plegen van het strafbare feit zelf zitten'. Volgens De Hullu heeft het accessoriteitsvereiste vooral betekenis in geval van deelnemingsvormen waarbij de kans dat een grondfeit wordt verwezenlijkt minder vanzelfsprekend is (uitlokking en voorafgaande medeplachtigheid). Zie De Hullu 2012, p. 422. Er zijn echter ook schrijvers die de betekenis van de accessoriteitseis afmeten aan de *dogmatische aard* van de deelnemingsvorm. Voor deelnemers die aansprakelijk zijn voor het grondfeit op basis van een feitelijke delictshandeling die geldt als *eigen* handeling van de deelnemer (bijvoorbeeld medeplegen), is de accessoriteitseis een vanzelfsprekendheid. Voor deelnemers die aansprakelijk zijn voor het grondfeit vanwege hun strafbare betrokkenheid bij *andermans* gedraging (uitlokker en medeplachtige), is accessoriteit allerm minst vanzelfsprekend. Zo Knigge 2003, p. 296-297 jo. 309. De verschillende betekenis die de accessoriteitseis heeft voor de verschillende deelnemers, ligt aan de

gever deelneming alleen strafbaar heeft willen stellen bij een daadwerkelijke rechtsgoedkrenking.¹⁵ Dit kan de suggestie wekken dat de accessoriteitseis het bereik van deelneming sterk inperkt, maar daarvan is zeker vandaag de dag geen sprake. Dat komt in de eerste plaats doordat het ‘grondfeit’ in de loop der tijd een veel ruimere inhoud heeft gekregen. Buiten een voltooid delict leveren ook de ‘poging’ daartoe (art. 45 jo. 78 Sr) en de ‘voorbereiding’ daarvan (art. 46 jo. 78 Sr) al een grondfeit op. Aangenomen wordt dat zelfs een poging tot uitlokking (art. 46a Sr) op zichzelf een strafbaar grondfeit is, waaraan kan worden deelgenomen.¹⁶ Er kan dus al sprake zijn van een grondfeit wanneer de pleger of deelnemer (poging tot uitlokking) is ‘blijven steken’ in de voorfase van het delict. De tweede reden dat de aansprakelijkheidsbeperkende functie van de accessoriteitseis moet worden gerelativeerd, is dat een deelnemingshandeling buiten de deelnemingsregeling om strafbaar kan zijn gesteld – met andere woorden: zonder dat daaropvolgend een grondfeit is gepleegd. In dat verband kan men denken aan poging tot uitlokking (art. 46a Sr) en verscheidene bijzondere delicten (bijvoorbeeld art. 131, 133, 197a Sr).

Behalve het accessoriteitsvereiste, geldt als tweede algemene voorwaarde voor deelneming aan een strafbaar feit dat de deelnemer *opzet* heeft op het verrichten van een *deelnemingsgedraging*.¹⁷ Die eis houdt in dat het opzet van de doen pleger moet zijn gericht op het ‘bewegen’ van een ander, de medepleger moet ‘samenwerkingsopzet’ hebben, het opzet van de uitlokker moet zijn betrokken op het ‘aanzetten’ van een ander en de medeplichtige moet opzettelijk ‘assisteren’ bij het begaan van een delict. Culpuze betrokkenheid levert geen deelneming op. De portier die uit louter onachtzaamheid de winkel deur vergeet te sluiten, is geen deelnemer wanneer de inbreker gebruik maakt van die buitenkans.

Naast de eis van accessoriteit en opzet op de deelnemingsgedraging, is ook vereist dat elke deelnemer in een bepaald *schuldverband* staat tot het grondfeit. De invulling daarvan is niet voor elke deelnemingsvorm gelijk. Aan dit onderwerp wordt in paragraaf 3 nader aandacht besteed.

2.3.3 Directe en indirecte deelneming

De mate waarin de deelnemer betrokken is bij het verwezenlijkte delict, verschilt per deelnemingsvorm. Hiervoor bleek dat de deelnemingsregeling kan worden begrepen in causaliteitstermen: een veroorzaker van het delict is een ‘dader’, een bevorderaar is een ‘medeplichtige’. Nieboer meent dat de deelnemingsregeling, behalve op het onderscheid tussen veroorzaker en bevorderaar, rust op een tweede pijler: het onderscheid tussen geestelijke oorzaak (‘wil’) en materiële oorzaak (‘daad’).¹⁸ Deze systematiek wordt hieronder kort uiteengezet, omdat

basis van Knigges alternatieve aansprakelijkheidsmodel voor indirecte deelnemers (de uitlokker en medeplichtige). Zie daarover paragraaf 4.3.2 e.v.

15 Zie (ten aanzien van uitlokking): Knigge 2003, p. 303. In soortgelijke zin De Hullu 2012, p. 422.

16 De Jong 2007, p. 116–117.

17 De Jong 2007, p. 117–118.

18 Zie Nieboer 1991, p. 197–204.

aan de hand daarvan kan worden begrepen dat medeplegen wordt gezien als verschijningsvorm van plegen.

De wetgever onderscheidde binnen de categorie daders ‘materiële veroorzakers’ (pleger, doen pleger, medeplegers) van ‘geestelijke veroorzakers’ (uitlokkers).¹⁹ De *pleger* verenigt beide oorzaken in zich: hij voert de eigen wil (geestelijke oorzaak) eigenhandig uit (materiële oorzaak). Nieboer constateert dat alleen het *medeplegerscollectief* het delict geestelijk én materieel veroorzaakt: de gezamenlijke wil wordt uitgevoerd. De *doen pleger* is enkel geestelijke oorzaak van het delict: hij laat zijn wil uitvoeren door de uitvoerder. De *uitlokker* is lastiger te plaatsen: hij is slechts een indirecte veroorzaker, omdat hij niet het grondfeit maar enkel de misdadige wil van de uitgelokte veroorzaakt. Volgens Nieboer kwam de uitlokker daardoor in de lucht te hangen, want zijn uitlokkingsgedraging geldt niet als oorzaak van het grondfeit: ‘in de toenmalige causaliteitsleer doorbrak zo’n pleger [de uitgelokte, AP] de causale reeks.’²⁰ Nu de uitlokker door zijn opzettelijke aanzetting van de uitgelokte alleen diens criminele wil veroorzaakt, is de uitlokker in feite “aansprakelijk voor de aansprakelijkheid van de uitgelokte”. Die uitgelokte is immers zowel geestelijke als materiële oorzaak van het delict. Zo verklaart Nieboer dat de uitlokker alleen strafbaar is voor het grondfeit als de uitgelokte daarvoor ook strafbaar is.

Uit gezichtspunt van causaliteit staat medeplegen het dichtst bij plegen, omdat de medeplegers samen zowel de geestelijke als materiële oorzaak van het gronddelict in zich verenigen. Uit causaliteitsoogpunt staat doen plegen verder van plegen, en uitlokking is in causale termen uitgedrukt nog verder verwijderd van het grondfeit. Naast de uitlokker staat immers altijd een pleger. De medeplechtige staat het verst van het grondfeit af: hij bevordert enkel dat het grondfeit tot stand komt. De deelnemingsvormen vormen zo beschouwd een ‘continuüm’.²¹ Tegen deze achtergrond kan worden begrepen dat de deelnemingsvormen in de literatuur wel worden gegroepeerd als ‘directe’ (zelfstandige) en ‘indirecte’ (onzelfstandige) deelneming.²² *Directe deelnemers* komen ‘in de plaats van de pleger’.²³ De medeplegers behoren tot die groep. De medeplegers vervullen namelijk samen de gehele delictsomschrijving.²⁴ Naast de medeplegers staat dus geen pleger. Dat is anders bij de *indirecte deelnemers*. Daartoe kunnen worden gerekend de uitlokker en de medeplechtige. Het doen plegen laat zich, door de ruime invulling die daaraan in de rechtspraak is gegeven, moeilijker inpassen in deze onderscheiding.²⁵ Naast de uitlokker of medeplechtige staat in alle gevallen

19 Zie paragraaf 2.3.1.

20 Nieboer 1991, p. 202.

21 Aldus Loth 1988, p. 253.

22 Zie bijvoorbeeld Jong 2007, p. 115; Knigge 2003, i.h.b. p. 296-298; Rammelink 1996, p. 423; Van Hamel 1927, p. 381-383. Afwijzend ten aanzien van het onderscheid tussen zelfstandige en onzelfstandige deelneming: Pompe 1959, p. 234-237.

23 Knigge 2003, p. 297. Zo ook De Jong 2007, p. 207. Iets voorzichtiger De Hullu 2012, p. 434 (medeplegen is het ‘sterkst met plegen verwant’).

24 De Jong 2007, p. 115.

25 Knigge meent dat de ‘oorspronkelijke variant’ van doen plegen – het plegen door middel van een

een pleger of medeplegerscollectief. Het onderscheid tussen directe en indirecte deelneming werkt door in het vereiste schuldverband waarin de deelnemer moet staan tot het grondfeit.²⁶

2.4 Karakterisering en ontwikkeling van de deelnemingsvormen

2.4.1 Medeplegen

2.4.1.1 Van ‘regstreeks deelnemen’ naar ‘bewust en nauw samenwerken’

De term ‘medeplegen’ is in de strafwet gekomen naar aanleiding van het parlementair debat over art. 57 O.R.O.²⁷ In dat artikel werd de aansprakelijkheidsgrond omschreven als ‘opzettelijk tot het plegen [van het feit, AP] medewerken’. De MvT geeft een nadere toelichting: ‘zij, die met anderen datgene verrigten wat het strafbare feit uitmaakt, en alzoo opzettelijk tot het plegen daarvan medewerken.’²⁸ Die toelichting duidt op een vorm van samenwerking (‘met anderen’) die in verband staat met een te verwezenlijken delict. Niet elke rol in dat samenwerkingsverband volstaat. De medepleger moet, ter afgrenzing van de (gelijktijdig) medeplichtige, ‘regstreeks deelnemen’ aan de uitvoering van het grondfeit, zo blijkt uit de MvT bij art. 48 Sr.²⁹ Daarin ligt besloten dat de medepleger ‘dicht’ bij die uitvoering staat.

In de vroege rechtspraak van de Hoge Raad wordt deze door de wetgever aangegeven koers gevolgd. In die rechtspraak omschrijft de Hoge Raad medeplegen als ‘rechtstreeks deelnemen’³⁰ of ‘rechtstreeks samenwerken’³¹. Al in het begin van de twintigste eeuw maakt de Hoge Raad helder dat niet is vereist dat elke medepleger de feitelijke delictshandeling mede-verricht.³² Wel is elke medepleger telkens lijfelij aanwezig en nauw betrokken bij de delictsuitvoering. Welbeschouwd is het bekende Wormerveerse brandstichting-arrest een

willoos werktuig – goed in deze onderverdeling past (Knigge 2003, p. 297). Nu de niet-strafbaarheid van het ‘werktuig’ voor het grondfeit echter ook mag bestaan in het enkel ontbreken van bijvoorbeeld een vereiste kwaliteit (HR 19 december 1910, *W* 9122 (Terp), heeft ‘doen plegen’ in die gevallen meer het karakter van indirecte deelneming. Zo De Jong 2007, p. 115.

26 Daarover paragraaf 3.

27 Zie voor dat debat Smidt I 1891, p. 436, 438, 443. Art. 57 O.R.O. is in het wetgevingsproces met wijziging van de inhoud omgenummerd tot art. 47 Sr.

28 Smidt I 1891, p. 435.

29 Smidt I 1891, p. 443. In die MvT wordt, ter afgrenzing van medeplegen en gelijktijdige medeplichtigheid, met betrekking tot de medepleger opgemerkt: ‘(...) dat eerstgemelde [de mededader, AP] regstreeks deelneemt aan de uitvoering van het feit, door de wet met straf bedreigd, aan de handeling of eene der handelingen, die het misdrijf uitmaken (...)’.

30 Zie HR 20 februari 1888, *W* 5524 en HR 29 mei 1895, *W* 6678.

31 HR 25 mei 1914, *NJ* 1914, 898.

32 Aldus HR 25 mei 1914, *NJ* 1914, 898. Het draait in deze zaak om diefstal in vereniging. De wegnemingshandeling werd verricht door een mededader. Dat laat de mogelijkheid open dat, in de woorden van de Hoge Raad, de ‘daad van wegneming door de rechtstreeksche samenwerking der drie beklaagden tot stand is gebracht’. In soortgelijke zin als in de hoofdtekst: Van Hamel 1927, p. 412.

voortzetting van die rechtspraak.³³ Nieuw is enkel de precieze kwalificering van de vereiste samenwerking, aan de hand waarvan het medeplegerschap van de verdachte kon worden vastgesteld: ‘dat toch, ook in verband met de gemaakte afspraak om te zamen de brand te stichten, de *samenwerking* tusschen de beide personen *zoo volledig en zoo nauw* is geweest [cursivering, AP], dat het ten slotte min of meer toevallig was, dat L. de brandende lucifer bij het hooi heeft gebracht; dat dan ook de handelingen van requirant, zooals deze hiervoren zijn omschreven, niet het karakter van hulpverlening dragen, maar van een te zamen en in vereniging voltooide brandstichting.’ In de jaren daarna keert deze omschrijving terug als centraal criterium voor medeplegen – een zo ‘nauwe en volledige samenwerking’ dat van medeplegen moet worden gesproken.³⁴

Meer in het oog springend is de in de jaren ’80 van de twintigste eeuw ingezette ontwikkeling dat *lijfelijke afwezigheid* bij de uitvoering van het grondfeit niet in de weg hoeft te staan aan die nauwe en volledige samenwerking. Hierdoor kan bijvoorbeeld ook het brein van een crimineel plan – wiens bijdrage uitsluitend wortelt in de planningsfase van het delict – in de figuur medeplegen worden gevangen. Het Containerdiefstal-arrest is daarvan een bekend voorbeeld.³⁵ Medeplegen biedt daarmee ruimte om alle betrokkenen die opereren op basis van een *taakverdeling* – de een organiseert, de ander voert uit – aansprakelijk te houden voor het begane grondfeit. In deze verruiming ligt besloten dat de afzonderlijke medepleger in fysieke zin niet of nauwelijks betrokken hoeft te zijn bij de delictsuitvoering.³⁶ Dit verklaart wellicht dat tegenwoordig de ‘volledigheid’ van de samenwerking ontbreekt in het kerncriterium dat de Hoge Raad hanteert.³⁷ De Hoge Raad spreekt vaak enkel over de ‘zo *bewuste en nauwe samenwerking* dat sprake is van medeplegen [cursivering, AP]’.³⁸

2.4.1.2 Het eigen aandeel van de medepleger in de delictsuitvoering

De ontwikkeling dat een medepleger niet of nauwelijks is betrokken bij de

33 HR 29 oktober 1934, LJN BG9443, NJ 1934, 1673. Als in de hoofdtekst ook De Hullu 2012, p. 437, nt. 107.

34 Zie bijvoorbeeld HR 17 mei 1943, NJ 1943, 576 (Hamermoord); HR 16 april 1946, NJ 1946, 328; HR 9 maart 1982, LJN AC0778, NJ 1982, 573.

35 HR 17 november 1981, LJN AC7387, NJ 1983, 84 m.nt. Van Veen, met aanvullende conclusie van A-G Leijten in NJ 1983, 197. De verdachte is door het Hof veroordeeld voor het in vereniging wegnemen van een aantal containers (art. 311 lid 1 sub 4 Sr). Uit de bewijsmiddelen blijkt dat de verdachte het brein was achter deze diefstallen – hij had onder andere het plan bedacht en de te stelen objecten aangewezen. De Hoge Raad laat deze veroordelingen in stand, ondanks verdachtes lijfelijke afwezigheid bij de wegnemingshandelingen. In gelijke zin ten aanzien van het medeplegen van moord: HR 15 april 1986, LJN AC4107, NJ 1986, 740.

36 Vgl. Machiels 2011, p. 375–376; nt. Schalken, punt 3 bij HR 28 mei 2002, LJN AD9962, NJ 2003, 142; nt. Knigge, punt 3 bij HR 9 juni 1992, NJ 1992, 773 (Overval Oirschot II).

37 De Hullu meent echter dat daarmee geen inhoudelijke koerswijziging is beoogd. Zie De Hullu 2012, p. 437.

38 Voor zover ik heb kunnen nagaan heeft de Hoge Raad deze formulering voor het eerst gebruikt in HR 8 mei 2001, LJN AB1472, NJ 2001, 480 (Bacchus). Daarna bijvoorbeeld ook in HR 12 april 2005, LJN AS2769, NJ 2005, 577 m.nt. Mevis. Soms wordt ook de ‘volledigheid’ van de samenwerking opgenomen in het criterium. Zie bijvoorbeeld HR 12 mei 2009, LJN BH0185.

fysieke delictsuitvoering, roept het gevaar in het leven dat ook een randfiguur als medepleger kan worden aangemerkt. Dit zou enerzijds het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid tenietdoen en anderzijds wringen met het karakter van medeplegen als bijzondere vorm van plegen; medeplegen is gelijkwaardig aan plegen. Met het oog daarop wordt in de literatuur wel gesteld dat een nadere eis moet worden gesteld aan de betrokkenheid van de medepleger: elke medepleger zou een ‘substantiële bijdrage’ moeten leveren aan het delict, waardoor er sprake is van een ‘redelijk gelijkwaardige samenwerking [cursivering, AP]’.³⁹ In deze benadering wordt het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid gemaakt op basis van *objectieve* criteria – de aard van de deelnemingsgedraging en de samenwerking. De consequentie van die opvatting is dat het ontbreken van een bijdrage in de uitvoeringsfase van het delict, moet worden gecompenseerd door een zwaarwegender rol in de voorbereidende fase; alleen dan is de individuele bijdrage ‘substantieel’ en de samenwerking ‘gelijkwaardig’.⁴⁰

Het gewicht van het eigen aandeel speelt onmiskenbaar ook een rol in de rechtspraak. Zo blijkt uit de jurisprudentie dat het ontbreken van een aandeel⁴¹ of het leveren van een marginale bijdrage aan het delict⁴², in de weg kan staan aan medeplegerschap. Een gelijkwaardige samenwerking is echter niet per definitie vereist.⁴³ Het arrest *NJ* 2005, 183, waarin de begane moord werd ingegeven door eerwraak, biedt een voorbeeld.⁴⁴ De verdachte was de moeder van het slachtoffer. Haar veroordeling voor het medeplegen van moord berustte daarop dat zij zich ‘niet heeft gedistantieerd’ van de gedragingen van haar mededaders op het

39 De Hullu 2012, p. 435 jo. 444. In soortgelijke zin CAG Knigge, punt 13 bij HR 9 maart 2010, LJN BJ7275, *NJ* 2010, 194 m. nt. Mevis; CAG Wortel, punt 14–15 bij HR 18 maart 2008, LJN BC6157, *NJ* 2008, 209.

40 Zie over die compensatie CAG Knigge, punt 12–13 bij HR 9 maart 2010, LJN BJ7275, *NJ* 2010, 194 m. nt. Mevis. De A-G betoogt dat “medeplegen bij afwezigheid” zou moeten worden ‘beperkt tot gevallen waarin sprake is van een actieve – initiërende, organiserende of coördinerende – rol in de voorfase.’

41 In die zin bijvoorbeeld HR 9 maart 2010, LJN BK3356, *NJ* 2010, 193, m. nt. Mevis (het louter ‘aanwezig zijn’ bij en het ‘instemmen’ met een vernieling is onvoldoende voor het medeplegen daarvan). Zie ook Hof’s Hertogenbosch, 7 mei 2013, LJN BZ9557.

42 Zie bijvoorbeeld HR 9 maart 2010, LJN BJ7275, *NJ* 2010, 194 m. nt. Mevis. In deze zaak was de verdachte op de hoogte van het plan van drie medeplegers om het slachtoffer te vermoorden en diens stoffelijk overschot weg te maken. De verdachte was *afwezig* bij de uitvoering van die delicten. Haar *bijdrage* aan de delicten bestond uit het ‘aanreiken van de kaart van de Biesbosch’ (locus delicti) tijdens een overleg tussen de medeplegers in de voorfase van de delictsuitvoering, het ‘voorprogrammeren van telefoons’ die de medeplegers wilden gebruiken voor onderlinge communicatie, en het hebben van ‘telefonisch contact’ met een van de mededaders rond het tijdstip van de moord. Op basis van deze betrokkenheid veroordeelt het hof de verdachte voor het medeplegen van beide delicten. De Hoge Raad casseert: uit de bewijsmiddelen kon niet volgen dat de verdachte zo ‘nauw en bewust met anderen heeft samengewerkt’ dat zij geldt als medepleger van de delicten. Het springende punt lijkt te zijn dat het aandeel van de verdachte in het licht van de omstandigheden – zij was afwezig bij de delictsuitvoering, haar bijdrage wortelt louter in de voorfase van de delicten en dat aandeel is niet-initiërend van aard – te gering is geweest.

43 In gelijke zin De Hullu 2012, p. 436.

44 HR 14 oktober 2003, LJN AJ1457, *NJ* 2005, 183, m. nt. Knigge.

moment dat zij op de hoogte raakte van het voorgenomen dodingsplan, dat zij is ‘meegereden in de auto waarin het slachtoffer werd meegevoerd’ naar de woning waar de moord werd voltrokken, en dat zij de ‘sleutel’ van die woning bezat. De overheersende rol van de mededaders bij die moord – zij waren initiatiefnemers en ten minste een van hen verrichtte de moordhandeling – duidt op een ongelijkwaardige samenwerking, die echter op zichzelf dus niet in de weg staat aan medeplegen.⁴⁵ Vermoedelijk spelen in de rechtspraak ook *subjectieve* factoren een rol bij de vaststelling van medeplegerschap. In dat verband lijkt het *persoonlijk belang* dat de betrokkene heeft bij de delictsvoltooiing van betekenis: heeft de betrokkene een groot eigen belang bij het uitvoeren van het delict, dan is dat een aanwijzing dat zijn betrokkenheid moet worden aangemerkt als ‘medeplegen’.⁴⁶ Het oordeel dat een delict al dan niet in bewuste en nauwe samenwerking is begaan lijkt in de rechtspraak dus afhankelijk te zijn van een afweging op basis van objectieve en subjectieve factoren.⁴⁷

Bij deze rechtspraak waarin de precieze individuele bijdrage en gelijkwaardigheid van de samenwerking niet allesbepalend zijn, past dat de bewuste en nauwe samenwerking zich kan uitstrekken tot *meerdere* delicten, ook als de afzonderlijke medepleger niet rechtstreeks is betrokken bij elk *afzonderlijk* delict. Zolang de betrokkene op basis van zijn rol in de samenwerking als geheel als ‘medepleger’ kan worden aangemerkt, is bewust en nauw samengewerkt ten aanzien van de samenstellende delen daarvan.

45 Zie voor ongelijkwaardige samenwerkingsverbanden bijvoorbeeld ook HR 5 maart 2013, LJN BZ2942; HR 8 mei 2012, LJN BV9976 en HR 3 juli 2012, LJN BW8766.

46 Zo A-G Bleichrodt, punt 3.5.2 bij HR 18 november 2008, LJN BF0196. De A-G stelt dat de ‘aard en intensiteit van de samenwerking’ mede kan worden ‘gekleurd door het gezamenlijke doel en *belang* bij het feit [cursivering, AP]’. Dit kan een ‘beperkte bijdrage aan concrete uitvoeringshandelingen (...) als het ware compenseren.’ In de strafzaak waarop de conclusie betrekking heeft, is de verdachte door het hof veroordeeld voor het in vereniging begaan van flessentrekkerij (art. 326a Sr). Met zijn vrouw (mededader) had hij meerdere keren voedsel en drank genuttigd in verschillende hotels, zonder daarvoor te betalen. Uit de bewijsmiddelen blijkt dat de *mededader* het voortouw heeft genomen tot het begaan van flessentrekkerij, en dat de verdachte ‘heeft ingestemd en meeprofitteerde van haar “verrassingen”, aldus A-G Bleichrodt (punt 3.5.4). Het feit dat de verdachte welbewust meeprofitteerde – hij had ontegenzeggelijk groot belang bij de flessentrekkerijen – lijkt voor het hof een belangrijke schakel te zijn geweest voor de vaststelling van zijn medeplegerschap. De Hoge Raad doet de zaak af op basis van art. 81 RO. De betekenis van het ‘eigen belang’ bij de delictsvoltooiing voor de vaststelling van medeplegerschap lijkt ook indirect naar voren te komen in rechtspraak waarin relevantie wordt toegekend aan de omstandigheid dat de betrokkene (evenredig) heeft gedeeld in de buit. Zie bijvoorbeeld HR 3 juli 2012, LJN BW9972, r.o. 2.4.

47 Rummelink spreekt in dat verband van een ‘verenigingstheorie’: de afgrenzing tussen medeplegen en medeplichtigheid gebeurt niet op basis van een strikt objectief criterium (de aard van het eigen aandeel), en evenmin aan de hand van louter subjectieve criteria (bijvoorbeeld: streeft de betrokkene zijn eigen belang na of wil hij het belang van een ander dienen? Streeft hij zijn eigen doel na of heeft hij slechts een doel zolang de andere vasthoudt aan het zijne?). De afgrenzing geschiedt op basis van objectieve én subjectieve criteria. Zo Rummelink 1996, p. 451–454. De constatering van Rummelink lijkt recht te doen aan de huidige rechtspraak.

Dat blijkt bijvoorbeeld uit het arrest NJ 2006, 178⁴⁸. Een vijftal personen had het plan opgevat om een ripdeal (beroving) te verrichten in appartement A. Die ripdeal werd zorgvuldig voorbereid: de bewoners van appartement A werden door de groep ruim een week geobserveerd vanuit het daaronder gelegen appartement B. Ten behoeve van de uitvoering van de voorgenomen ripdeal waren een drietal vuurwapens in dat appartement aanwezig. De verdachte nam waar dat twee van die wapens op een tafel lagen, en dat het derde wapen in bezit was van een van zijn mededaders. In het kader van de uitvoering van de geplande beroving, ontstond vervolgens een schotenwisseling waarbij de vuurwapens werden ingezet. Het hof komt tot een bewezenverklaring van zowel het medeplegen van de gepoogde beroving (poging tot diefstal met geweld, de dood tot gevolg hebbende) als het ‘voorhanden hebben’ van die vuurwapens. In reactie op het cassatiemiddel, waarin werd gesteld dat verdachte geen medepleger is van het voorhanden hebben van de vuurwapens, stelt A-G Machielse dat de samenwerking zich daartoe inderdaad *niet* uitstrekte (bij gebreke aan een substantiële bijdrage van de verdachte aan dat delict).⁴⁹

De Hoge Raad oordeelt echter dat uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat ‘de verdachte en zijn mededaders het plan hebben opgevat om onder meer met behulp van vuurwapens een beroving te plegen. (...) In aanmerking genomen dat de in de bewezenverklaring genoemde vuurwapens *kennelijk een belangrijk onderdeel vormden van het door de verdachte en zijn mededaders opgevatte plan* [cursivering, AP] hebben [de feitenrechters] zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, kunnen oordelen dat de verdachte ook wat betreft het voorhanden hebben van die wapens zo bewust en nauw heeft samengewerkt met zijn mededaders dat sprake is van medeplegen van het voorhanden hebben van die vuurwapens.’⁵⁰ Het ‘voorhanden hebben van een vuurwapen’ had een plaats in, was een integrerend deel van het gezamenlijk plan om een roofoverval te plegen; de vuurwapens waren immers bestemd voor gezamenlijk gebruik (met het oog op de beroving). Om die reden omvatte de vereiste samenwerking ook het voorhanden hebben van vuurwapens.⁵¹

Dat de samenwerking zich kan uitstrekken tot delicten waaraan de medepleger niet rechtstreeks een aandeel levert, is in dit voorbeeld geïllustreerd aan de hand van een voortdurend delict. De daarover gewezen rechtspraak lijkt niettemin een algemene strekking te hebben. Ook in geval van bijvoorbeeld een *gevolgsdelict* kan een taakverdeling maken dat de bewuste en nauwe samenwerking is betrokken op de samenstellende delen daarvan. Wie bijvoorbeeld een initiërende rol speelt bij het plannen van een moord en daartoe zijn mededader een vuurwapen levert maar de uitvoering overlaat aan die mededader, die werkt ook bewust en nauw samen ten aanzien van de vier (gepoogde) doodslagen op slachtoffers die het doelwit omringen.⁵²

48 HR 28 februari 2006, LJN AU9380, NJ 2006, 178.

49 CAG Machielse, punt 3.5: ‘Het enkele besef dat vuurwapens aanwezig zijn op de plaats waar men zichzelf bevindt lijkt mij onvoldoende voor het medeplegen van voorhanden hebben van vuurwapens. Dat levert geen substantiële bijdrage op.’

50 R.o. 3.3–3.4.

51 Zie voor een soortgelijk geval HR 5 juni 2007, LJN BA1760, NJ 2007, 342. A-G Knigge kwam al eerder tot min of meer dezelfde slotsom als in de hoofdtekst. Zie CAG Knigge, punt 9 bij HR 19 januari 2010, LJN BK4816.

52 Zie in dat opzicht bijvoorbeeld HR 17 september 2002, LJN AE6118 (Veghel) en HR 10 mei 1994, nr. 97.226 (ongepubliceerd). Deze arresten worden besproken in paragraaf 5.3.

Uit het geldende recht volgt dus dat een innige samenwerking ten aanzien van het ‘geheel’ kan doorwerken in een ‘samenstellend deel’ daarvan. De geboden ruimte zou kunnen uitmonden in een zeer ruim aansprakelijkheidsbereik van medeplegen; zo zou men kunnen betogen dat de nauwe betrokkenheid bij een criminele organisatie (art. 140 Sr) waarvan de leden stelselmatig een bepaalde categorie delicten begaan (geheel), in beginsel doorwerkt in elk delict dat valt onder die categorie en door een lid van die organisatie wordt gepleegd (samenstellend deel). Deze mogelijkheid lijkt in de rechtspraak echter te zijn uitgesloten. Dat vermoeden rijst onder meer uit een arrest van de Hoge Raad naar aanleiding van een zaak waarin het hof had bewezenverklaard dat de verdachte lid is geweest van een criminele organisatie die tot oogmerk had het plegen van ‘inbraken’. Daarnaast veroordeelde het hof de verdachte voor het medeplegen van zeven inbraken die waren gepleegd binnen het verband van die organisatie. Nu uit de bewijsmiddelen niet kon volgen dat de verdachte rechtstreeks betrokken was bij twee van de zeven inbraken, had het hof volgens de Hoge Raad niet mogen komen tot een bewezenverklaring van het medeplegen van deze twee inbraken.⁵³ Dat het hof had vastgesteld dat binnen het verband van de criminele organisatie ‘nauw en intensief’ werd samengewerkt, maakt dat niet anders.

Dat binnen het kader van de criminele organisatie wél bewust en nauw is samengewerkt met betrekking tot het begaan van inbraken in het *algemeen*, maakt niet zonder meer dat *alle* daaronder vallende inbraken in bewuste en nauwe samenwerking zijn begaan. De bewuste en nauwe samenwerking lijkt te moeten zijn betrokken op een te *individualiseren* delict.⁵⁴ Anders gezegd: de samenwerking als geheel en het samenstellende deel moeten behoren tot ‘hetzelfde gebeuren’. Bij een taakverdeling die verband houdt met bijvoorbeeld een en dezelfde uit te voeren roofoverval – de een heeft een vuurwapen voorhanden en voert de overval uit, de ander organiseert die overval – is bewust en nauw samengewerkt ten aanzien van alle samenstellende delen (voorhanden hebben vuurwapen plus diefstal met geweld). Als de samenwerking echter enkel in algemene zin is betrokken op het plegen van roofovervallen, dan werkt die samenwerking niet zonder meer door in een bijzondere roofoverval.

53 HR 5 juli 2011, LJN BQ0676. De Hoge Raad overweegt: ‘Uit de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen kan niet volgen dat de verdachte zo bewust en nauw met een ander heeft samengewerkt dat sprake is van handelen door twee of meer verenigde personen als bedoeld in art. 311, eerste lid onder 4, Sr. Uit hetgeen het Hof heeft overwogen met betrekking tot de deelneming door de verdachte aan een criminele organisatie (...) kan de bewezenverklarde betrokkenheid van de verdachte bij het onder 1 bewezenverklarde evenmin worden afgeleid. Met betrekking tot het onder 1 en 2 bewezenverklarde [de twee inbraken, AP] is de bestreden uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed.’ Zie in soortgelijke zin HR 29 maart 2005, LJN AS2757 (Dev Sol).

54 In ander verband, maar in soortgelijke zin Machiels 2011, p. 378.

2.4.1.3 Parallele ontwikkeling: functioneel daderschap

In de vorige subparagrafen is beschreven dat de aansprakelijkheidsgrond medeplegen in de loop der tijd is verruimd: oorspronkelijk veronderstelde medeplegerschap een nauwe fysieke betrokkenheid bij het verrichten van de feitelijke delictshandeling, maar tegenwoordig – onder vigeur van het criterium ‘bewuste en nauwe samenwerking’ – staat die fysieke betrokkenheid niet meer voorop. Die verruiming past bij de gewijzigde visie op de vaststelling van daderschap in het algemeen, tot uitdrukking komend in de figuur ‘functioneel daderschap’.

Aangenomen wordt dat de wetgever met de pleger primair het oog heeft gehad op de persoon die de delictshandeling van het delict *feitelijk* vervult.⁵⁵ De deelnemingsregeling breidt de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor die feitelijke delictshandeling uit tot anderen dan deze feitelijke uitvoerder.⁵⁶ In de loop van de tijd is de opvatting over wie als ‘pleger’ verantwoordelijk is voor de delictshandeling verschoven. Tegenwoordig heerst de gedachte dat de strafwet zich primair richt tot ‘degene die een zodanige rol in het maatschappelijk verkeer vervult dat hij degene is die bepaalt of de delictsomschrijving wordt vervuld’.⁵⁷ Dat kán de feitelijke uitvoerder zijn, maar daarnaast of in plaats daarvan óók iemand die vanwege een andere reden ‘verantwoordelijk’ is voor die gedraging. Die gewijzigde focus komt tot uitdrukking in het ‘functioneel daderschap’.⁵⁸ Met behulp van deze figuur wordt de verantwoordelijke gevonden voor het overtreden van de strafwet, vooral in situaties waarbij ‘economisch, organisatorisch of beroepsmatig handelen de standaard is’.⁵⁹ Bij functioneel daderschap gaat het grofweg om gevallen waarin de feitelijke delictshandeling in fysieke zin wordt verricht door een “ondergeschikte” (bijvoorbeeld een werknemer), waarvoor de “bovengeschikte” (bijvoorbeeld een werkgever) verantwoordelijk wordt gehouden.⁶⁰ De verantwoordelijkheid van de bovengeschikte berust op de ‘beschikkingsmacht’ over en de ‘aanvaarding’ van het verboden gedrag van de ondergeschikte.⁶¹ Bijvoorbeeld: de coffeeshophouder ‘verkoopt’ een te grote hoeveelheid wiet, ook als een ondergeschikte medewerker in fysieke zin de

55 Zo expliciet Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005, p. 529.

56 Zie paragraaf 2.2.

57 Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005, p. 529. In soortgelijke zin De Hullu 2012, p. 160; Rozemond 2011, p. 43; Sikkema 2010, p. 27; Keulen, Vellinga-Schootstra e.a. 2010, p. 27; R Emmelink 1996, p. 161.

58 Vgl. bijvoorbeeld De Hullu 2012, p. 153-154; Gritter 2007, p. 14-16; Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005, p. 529.

59 De Hullu 2012, p. 153. In min of meer gelijke zin Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005, p. 529.

60 Gritter 2009, p. 14. Voor het toeschrijven van die verantwoordelijkheid maken sommige schrijvers gebruik van een toerekeningsconstructie: de gedraging van de feitelijke uitvoerder wordt onder voorwaarden aan de functionele pleger *toegerekend* (zo bijvoorbeeld: De Hullu 2012, p. 154). Anderen spreken kortweg over de *eigen* gedraging van de functionele pleger (zo bijvoorbeeld: Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005, p. 544; Gritter 2009, p. 15 (deze schrijver ziet functioneel plegen als een ‘specifieke vorm van nalaten’; op dat eigen ‘nalaten’ berust de aansprakelijkheid van de functionele pleger).

61 Dit zijn de zogenaamde IJzerdraadcriteria, die stammen uit het IJzerdraad arrest (HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378, m.nt. Röling (IJzerdraad)). Zie nader daarover De Hullu 2012, p. 154-158.

transactie verricht. De coffeeshophouder kan dan onder omstandigheden strafbaar zijn als functionele pleger. Aangenomen wordt dat de vereiste ‘aanvaarding’ in het geldende recht een normatieve invulling heeft gekregen. Daarvoor lijkt ook te kunnen volstaan het ‘niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de beoogde functionele dader kan worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.’⁶²

Tegen de achtergrond van functioneel ouderschap kan worden begrepen dat ook de voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking tegenwoordig ruim wordt ingevuld. Medeplegers zijn immers gelijk de pleger aansprakelijk voor het grondfeit.⁶³ De nadruk ligt tegenwoordig op de *verantwoordelijke* voor de verwezenlijking van de feitelijke delictshandeling. Doorslaggevend daarvoor is niet (langer) uitsluitend de vraag wie die handeling feitelijk heeft verricht. Die gedachte ligt aan de basis van functioneel ouderschap. De ruime invulling van de bewuste en nauwe samenwerking kan worden beschouwd als een daaraan parallel lopende ontwikkeling. In de wetsgeschiedenis en in de vroege rechtspraak fungeerde een nauwe betrokkenheid bij de *feitelijke* delictshandeling van het grondfeit als hét aanknopingspunt voor de voor medeplegen vereiste samenwerking (‘rechtstreekse deelneming’). Inmiddels is aanvaard dat ook de medepleger die ver van de uitvoering staat medeverantwoordelijk kan zijn voor het verrichten van de feitelijke delictshandeling.⁶⁴ Het open geformuleerde samenwerkingscriterium biedt alle ruimte voor die invulling.⁶⁵ Waar ingeval van *plegen* de uitvoeringshandeling van een delict in feitelijke en functionele zin kan zijn verricht, daar geldt voor *medeplegen* dat de bewuste en nauwe samenwerking kan zijn geworteld in zowel het stadium van de uitvoering van het delict als in de daaraan voorafgaande fase. In dat licht kan worden begrepen dat bijvoorbeeld het organiserende brein achter de schermen onder omstandigheden medepleger kan zijn van het delict dat zijn handlangers uitvoeren, zoals het Containerdiefstal-arrest laat zien.⁶⁶ Die verruiming heeft als consequentie dat medeplegen en functioneel plegen elkaar overlappen: een ‘initierende en regisserende’ verdachte als in het Containerdiefstal-arrest kan wellicht ook worden gezien als iemand die in ‘functionele’ zin goederen ‘wegnam’.⁶⁷

62 De Hullu 2012, p. 157. Zo ook Gritter 2009, p. 21. Is aan deze invulling van de aanvaardingseis voldaan dan is daarmee ook het beschikkingscriterium vervuld (aldus De Hullu 2012, p. 157 en Gritter 2009, p. 16). Deze normatieve invulling stamt uit HR 21 oktober 2003, LJN AF7938, *NJ* 2006, 328, m. nt. Mevis (Drijfijf).

63 Zie paragraaf 2.3.3.

64 Zo De Hullu 2012, p. 439: ‘De rechtspraak over medeplegen bij lijfelijke afwezigheid past overigens goed bij een minder strikt fysiek denken waarbij het vooral om *daadwerkelijke verantwoordelijkheid* gaat [cursivering, AP].’ In soortgelijke zin p. 451.

65 Zo ook De Hullu 2012, p. 453.

66 Zie paragraaf 2.4.1.1.

67 Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005, p. 544-545. Diezelfde overlap treedt mogelijk ook op in een bedrijfsmatige context, ten aanzien van gevallen die behoren tot het standaardtype van functioneel plegen. Zie in dat verband HR 24 mei 2011, LJN BP6581, *NJ* 2011, 481, m. nt. Keijzer.

2.4.1.4 Van causaliteit naar verantwoordelijkheid

Zonder een uitputtend overzicht te willen geven, heb ik geprobeerd de ontwikkeling te schetsen die het medeplegen heeft doorgemaakt. Een *causale benadering* van daderschap heeft aan de basis gelegen van de deelnemingsregeling.⁶⁸ Dat verklaart dat oorspronkelijk alle medeplegers dicht bij de delictsuitvoering moesten staan; een bijdrage die in een te ver verwijderd verband staat van de daadwerkelijke uitvoering, kan immers niet gelden als relevante causale factor. In de loop der tijd is het accent verschoven naar een denken over daderschap vanuit *verantwoordelijkheid* voor het plaatsvinden van het delict; wie is of wie zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de verwezenlijking van het strafbaar feit? Die ontwikkeling maakt begrijpelijk dat in de rechtspraak een rechtstreekse fysieke bijdrage aan het delict, niet vereist is voor medeplegerschap. Het oordeel dat ‘zo bewust en nauw is samengewerkt, dat sprake is van medeplegen’ heeft – als resultaat van een afweging van objectieve en subjectieve factoren – een ‘juridisch karakter’.⁶⁹

De keerzijde is dat de aansprakelijkheidsgrond ‘medeplegen’ aan inflatie onderhevig is: een ‘enigszins planmatige bijdrage’ volstaat al snel voor medeplegerschap.⁷⁰ Dat roept de vraag op of in de heersende rechtspraak recht wordt gedaan aan het karakter van *medeplegen*, als bijzondere vorm van plegen. Op die vraag kom ik terug in het slothoofdstuk.

2.4.2 Doen plegen, uitlokking en medeplichtigheid

De figuur doen plegen zag oorspronkelijk, zo volgt uit de MvT bij art. 47 Sr, op de situatie dat een ander mens als *werktuig* wordt ingezet om een delict te plegen, namelijk ‘wanneer die andere wegens de onwetendheid waarin hij verkeert, de dwaling waarin hij is gebragt of het geweld waarvoor hij zwicht, handelt zonder opzet, schuld of toerekenbaarheid’.⁷¹ Het kenmerkende verschil met uitlokking bestaat erin dat de uitvoerder niet-strafbaar is voor het grondfeit.⁷² In de loop van de tijd is de door de wetgever geformuleerde werktuiggedachte naar de achtergrond verdwenen. Doorslaggevend is geworden *dát* de uitvoerder niet-strafbaar is voor het grondfeit, de oorzaak van die straffeloosheid is minder van belang.⁷³ Zo kan begrepen worden dat sprake kan zijn van doen plegen wanneer de uitvoerder enkel de vereiste kwaliteit mist.⁷⁴

In het vervolg van mijn onderzoek zal ik niet of nauwelijks aandacht besteden aan doen plegen. Niet alleen is er weinig literatuur en rechtspraak over

68 Zie daarover paragraaf 2.3.3.

69 Zo De Hullu 2012, p. 453. Volgens de schrijver kent de vaststelling van medeplegerschap een ‘toerekeningsaspect’. De schrijver acht de ‘ruime rechtspraak aanvaardbaar’.

70 Zo De Hullu 2012, p. 453.

71 Smidt I 1891, p. 435.

72 HR 27 juni 1898, *W* 7146 (Pastoor).

73 R Emmelink 1996, p. 431.

74 HR 19 december 1910, *W* 9122 (Terp). Ook het spiegelbeeldige geval – de uitvoerder bezit de kwaliteit die de doen pleger mist – kan doen plegen opleveren. Zo HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 961 (Reispas).

aan deze aansprakelijkheidsgrond gerelateerde opzetvragen, ook is deze figuur grotendeels verdrongen door de opkomst van een functioneel handelingsbegrip, waardoor gevallen van doen plegen vaak ook functioneel (mede)plegen opleveren.⁷⁵

De uitlokker zet iemand (de uitgelokte) opzettelijk aan tot het plegen van het grondfeit. Daarmee geldt hij als initiatiefnemer. In die criminele beïnvloeding is het verwijt gelegen dat wordt gemaakt aan de uitlokker.⁷⁶ Aan de wijze van aanzetting stelt de wet nadere eisen. Het aangewende uitlokkingsmiddel moet gerubriceerd kunnen worden onder de limitatief opgesomde uitlokkingsmiddelen in art. 47 lid 1 sub 2 Sr. Ten slotte wordt – ter onderscheiding van ‘doen plegen’ – aangenomen dat ook de uitgelokte strafbaar moet zijn voor het begaan van het grondfeit.⁷⁷ Nu medeplegen zich ook kan uitstrekken tot samenwerkingstypen waarin een organisator lijfelijk afwezig is bij de uitvoering, overlappen uitlokking en medeplegen elkaar.⁷⁸

Medeplichtigheid kenmerkt zich door het verlenen van hulp aan, het opzettelijk *bevorderen* van de totstandkoming van het grondfeit. Medeplichtigheid aan overtredingen is niet strafbaar (art. 52 Sr). De wetgever heeft in art. 48 Sr twee wijzen van medeplichtigheid onderscheiden: gelijktijdige (simultane) en voorafgaande (consecutieve) medeplichtigheid. De eerste vindt gelijktijdig plaats met de realisering van het grondfeit, de tweede gaat aan die verwezenlijking vooraf.⁷⁹ Het verschil tussen *gelijktijdige* medeplichtigheid (hulp) en medeplegen (rechtstreekse deelname) zocht de wetgever in de aard van de bijdrage aan het delict. Dat is een objectief onderscheid. Het sterk onzelfstandige karakter van medeplichtigheid (hulpverlening bij het realiseren van een grondfeit) ligt ook taalkundig in het begrip ‘medeplichtigheid’ besloten: ‘mede *verbonden* (in schuld) en wel voor het misdrijf, dat een ander pleegt’.⁸⁰ Tegenwoordig wordt erkend dat er geen scherpe afbakening bestaat tussen medeplegen en medeplichtigheid.⁸¹ *Voorafgaande* medeplichtigheid onderscheidt zich van uitlokking, doordat de medeplichtige slechts een bij een dader aanwezig ‘misdadig opzet’ bevordert, terwijl de uitlokker aan de oorsprong staat van dat tot dan toe afwezige

75 Zie De Hullu 2012, p. 458–459.

76 Vgl. Van Hamel 1927, p. 392: ‘Bij den *uitlokker* vertoont zich alleen het psychisch bestanddeel; daarom heet hij wel “intellectueel” dader. Hij oefende opzettelijk invloed uit en is daarvoor aansprakelijk.’

77 Zo bijvoorbeeld De Jong 2007, p. 125; Krabbe 2007, p. 136; Van Woensel 1993, p. 142; Pompe 1959, p. 254; Van Hamel 1927, p. 395. Anders De Hullu 2012, p. 460. Dat uitlokking en doen plegen elkaar daarmee overlappen, is volgens De Hullu uit oogpunt van rechtszekerheid niet bezwaarlijk, omdat ‘daarmee geen wettelijke beperkingen voor de strafbaarheid [worden] omzeild’.

78 Zo ook De Hullu 2012, p. 453.

79 Smidt I 1891, p. 443.

80 R Emmelink 1996, p. 446. R Emmelink verwijst daarbij naar de uitleg van de gezaghebbende neerlandicus De Vries, die zich bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht boog over taalkundige aspecten van concept-wetsbepalingen. Zie daarvoor, in verband met art. 48 Sr: Smidt I 1891, p. 438.

81 Vgl. De Hullu 2012, p. 453; Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005, p. 529.

criminele plan bij de uitgelokte.⁸² Deze vorm van medeplichtigheid is enkel strafbaar wanneer gebruik wordt gemaakt van een in art. 48 sub 2 Sr omschreven medeplichtigheidsmiddel.

In een recent gewezen arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat geen strikt onderscheid kan of moet worden gemaakt tussen voorafgaande en gelijktijdige medeplichtigheid.⁸³ In beide gevallen gaat het om het ‘kernverwijf’ dat de medeplichtige een door een ander begaan misdrijf heeft bevorderd. Dat past volgens de Hoge Raad in de ook ten aanzien van deelneming ingezette ontwikkeling, waarin ‘het fysieke aspect van de gedraging (en daarmee de tijdsbepaling ervan) minder prominent is geworden’.

3 Het schuldverband voor medeplegen

3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is naar voren gekomen dat de medeplegers gezamenlijk de delictsomschrijving vervullen, en daarmee in de plaats komen van de pleger (directe deelneming). Dat is anders in het geval van de uitlokker en medeplichtige (indirecte deelneming): zij zijn aansprakelijk voor een strafbaar feit dat een *ander* – pleger of collectief van medeplegers – realiseert. Hoewel voor elke deelnemingsvorm opzet is vereist op de deelnemingsgedraging (paragraaf 3.2), werkt het onderscheid tussen directe en indirecte deelneming door in het vereiste *schuldverband* ten aanzien van de bestanddelen van het grondfeit (paragraaf 3.3). Afzonderlijke aandacht gaat uit naar het schuldverband bij het medeplegen van samenhangende delicten. Dit zijn gevallen waarin de mededader een of meer strafbare feiten realiseert die in verband staan met de uitvoering van het grondfeit. Er wordt verschillend gedacht over het te eisen schuldverband ten aanzien van dergelijke samenhangende delicten (paragraaf 3.4). Ik besluit met een samenvatting.

3.2 Samenwerkingsopzet

Het bestaan van opzet op de deelnemingsgedraging is een algemene voorwaarde voor deelneming aan een strafbaar feit.⁸⁴ De deelnemingsgedraging van medeplegen onderscheidt zich van de overige deelnemingsvormen wat betreft haar wederkerige karakter; het opzettelijk *samenwerken* vooronderstelt dat *alle* samenwerkingspartners zich bewust zijn geweest van ‘samenwerking’.⁸⁵ Er is dus enkel sprake van ‘*bewuste* en nauwe samenwerking’ bij gemeenschappelijk samenwerkingsopzet. Deze bewustheid hoeft niet te berusten op een onderling uitgesproken plan. Ook een vorm van stilzwijgende samenwerking volstaat.⁸⁶ In

82 Smidt I 1891, p. 443.

83 HR 22 maart 2011, LJN BO2629, NJ 2011, 341, m. nt. Schalken. Zie in het bijzonder r.o. 2.2-2.3.

84 Daarover al paragraaf 2.3.2.

85 De Hullu 2012, p. 447; Noyon/Langemeijer en Rummelink, art. 47 aant. 24. Daarentegen is voor bijvoorbeeld medeplichtigheid niet vereist dat de pleger zich bewust is geweest van het feit dat hij werd *geholpen* bij het verwezenlijken van een delict. Zie De Hullu 2012, p. 475.

86 Zo De Hullu 2012, p. 447; Noyon/Langemeijer en Rummelink, art. 47 aant. 24. De stilzwijgende

de literatuur worden opmerkelijk weinig woorden gewijd aan de vraag welke opzetgradatie is vereist; volstaat *voorwaardelijk* opzet op samenwerking? Het genoeg nemen met die opzetgradatie zou medeplegen verruimen tot gevallen waarin de actor enkel de aanmerkelijke *kans* aanvaardt dat hij samenwerkt met een ander.⁸⁷ In deze opvatting krijgt medeplegen een zeer ruim bereik. Bovendien lijkt het eisen van enerzijds voorwaardelijk samenwerkingsopzet en anderzijds een *nauwe* samenwerking, moeilijk verenigbaar.⁸⁸ De ‘bewustheid’ van samenwerking lijkt dan ook te moeten worden begrepen in termen van opzet als noodzakelijkheidsbewustzijn; wederzijds weten dat wordt samengewerkt.

Het is belangrijk om het opzet op de samenwerking te onderscheiden van het opzet op het grondfeit, indien dat feit een opzetdelict is. Het *samenwerkingsopzet* – opzet als noodzakelijkheidsbewustzijn – ziet enkel op de activiteit ‘samenwerken’, niet op het strafbare resultaat daarvan; het begaan van het ‘grondfeit’. Het betreffende opzetdelict bepaalt in welk opzetverband elke medepleger moet staan tot de delictsbestanddelen. In de regel zal *voorwaardelijk opzet* op het *grondfeit* wél volstaan.⁸⁹ Niet vereist is dat medeplegers weet hebben van elkaars delictsoptzet.⁹⁰ Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat samenwerkingsopzet kan bestaan, zonder een (al dan niet stilzwijgende) *afspraken* om het grondfeit te realiseren. Zo kunnen de medeplegers een gezamenlijk doel hebben dat op zichzelf niet-strafbaar is, bijvoorbeeld het betreden van een café.⁹¹ Het bewust samenwerken gericht op een dergelijk doel, kan aan de basis liggen van het medeplegen van een grondfeit. De mogelijkheid bestaat immers dat bij het nastreven van dat doel een delict wordt begaan. Bijvoorbeeld: in het kader

samenwerking komt treffend naar voren in het arrest HR 10 april 1973, LJN AC1366, NJ 1973, 468, m.nt. Van Veen. In deze zaak was het tankschip ‘Panachaikon’, dat meer vaart had dan toegestaan, op een rivier in aanvaring gekomen met een ander schip. De schipper van het tankschip had de bevelvoering over de snelheidsbepaling overgelaten aan een loods. De veroordeling van de loods voor ‘het medeplegen van de overtreding van: het als schipper niet in acht nemen der wettelijke voorschriften vastgesteld tot voorkoming van aanvaring of aandrijving’, hield in cassatie stand. Voor de bewuste samenwerking volstond een vorm van stilzwijgende samenwerking, aldus de Hoge Raad: ‘dat uit de gebezigde bewijsmiddelen (...) kan worden afgeleid, dat de gezagvoerder bewust de bevelvoering op de Panachaikon, voor wat de aan te houden snelheid betreft, heeft overgelaten aan de [loods] en zich van ingrijpen heeft onthouden, en dat de [loods] van zijn kant zich ook bewust moet zijn geweest dat op dit stuk de bevelvoering hem door de schipper-gezagvoerder geheel was toevertrouwd en deze laatste zich ten deze van elk ingrijpen zou onthouden’.

87 Volgens A-G Aben volstaat naar geldend recht voorwaardelijk samenwerkingsopzet. Zie CAG Aben, punt 3.7 bij HR 24 mei 2011, NJ 2011, 481 en punt 8.10 bij HR 6 maart 2012, LJN BQ8596, NJ 2012, 176.

88 Zo al eerder annotator Keijzer (punt 3) bij HR 24 mei 2011, NJ 2011, 481. In soortgelijke zin De Hullu 2012, p. 447 en Remmelink 1996, p. 436.

89 Zie bijvoorbeeld HR 14 oktober 2003, LJN AJ1396, NJ 2004, 103; HR 8 mei 2001, LJN AB1472, NJ 2001, 480 (Bacchus).

90 Vgl. nader paragraaf 5.2.2. In de heersende benadering wordt wel geëist dat het delictsoptzet van de medeplegers niet wezenlijk uiteenloopt. Dat wil zeggen: de medeplegers dienen ten tijde van de bewuste en nauwe samenwerking een soortgelijk delict voor ogen te hebben gehad. Zie hierover paragraaf 4.2.

91 Zie paragraaf 5.2.2.

van het gezamenlijk doel om een café te betreden, wordt een portier mishandeld die hen de toegang belet. Voor medeplegen van mishandeling is niet vereist dat onderling is afgesproken om geweld toe te passen. Elke afzonderlijke medepleger dient mishandelingsopzet te hebben, maar zonder dat de medeplegers dit van elkaar hoeven te weten.⁹²

3.3 Schuldverband ten aanzien van het grondfeit

3.3.1 Uitgangspunt

Voor wat betreft het schuldverband ten aanzien van het grondfeit geldt voor indirecte deelnemers (uitlokker en medeplichtige) een ander uitgangspunt dan voor directe deelnemers (doen pleger en medeplegers).⁹³ *Indirecte deelnemers* moeten in beginsel opzet hebben op *alle* delictsbestanddelen van het grondfeit. Voor *directe deelnemers* (doen pleger en medepleger) is de *delictsomschrijving* leidend. Dat verschil in schuldverband kan worden verklaard aan de hand van de wetsgeschiedenis van de deelnemingsregeling.

In het O.R.O. heette ‘medeplegen’ nog ‘opzettelijk tot het plegen (...) medewerken’. Die wetsterm is uiteindelijk vervangen door ‘medeplegen’. Dat de medepleger niet noodzakelijkerwijs opzet hoeft te hebben op *alle* delictsbestanddelen, kan worden afgeleid uit het antwoord van de minister op de bezwaren van de CvR tegen de in het O.R.O. opgenomen formulering ‘opzettelijk tot het plegen (...) medewerken’. De CvR wilde die formulering schrappen. Het opnemen van de term ‘opzettelijk’ in de wettekst zou tot gevolg hebben dat dader van een overtreding zou zijn ‘degeen die *opzettelijk* tot het plegen daarvan medewerkt’.⁹⁴ Dit achtte de commissie strijdig met het uitgangspunt dat voor overtredingen geen opzet is vereist op strafbepalende bestanddelen. Het ‘opzettelijk medewerken’ interpreteerde de CvR dus als opzet op (alle bestanddelen van) het grondfeit. Minister Modderman reageerde als volgt op het voorstel van de CvR: ‘Even als de Commissie [de CvR, AP] houdt de minister de leer dat voor mededaderschap “opzet” gevorderd wordt, voor vals. Als twee mannen met vereende krachten een zwaar voorwerp uit het raam werpen, waardoor, zonder hun opzet, een voorbijganger gedood wordt, dan zijn zij coauteurs van den doodslag door onvoorzichtigheid.’⁹⁵ Uit het antwoord van de minister kan worden afgeleid dat het opzet van de medeplegers niet op voorhand hoeft te zijn gericht op alle delictsbestanddelen. Getuige het voorbeeld van de minister, volstaat culpa ten aanzien van het gevolg immers voor het medeplegen van een culpoos gevolgsdelict. Daaruit mag worden afgeleid dat de minister van oordeel was dat, gelijk voor de pleger, de delictsomschrijving

92 Daarnaast moet de mishandeling uiteraard in ‘nauwe samenwerking’ zijn begaan. Daarover al paragraaf 2.4.1.

93 De Jong 2007, p. 118.

94 Smidt I 1891, p. 436.

95 Smidt I 1891, p. 437.

voor de medeplegers het vereiste schuldverband bepaalt.⁹⁶ Die interpretatie vindt bevestiging in de redactie van art. 47 Sr, waarin doen plegen en medeplegen in dezelfde subbepaling zijn opgenomen als plegen. Ook voor doen plegen zal het voor plegen vereiste schuldverband dus leidend zijn.

Voor de indirecte deelnemers geldt een ander uitgangspunt. In de oorspronkelijke formulering in het O.R.O. kende medeplegen dus een expliciet opzetvereiste. Waar dat opzetvereiste voor medeplegen werd geschrapt, daar bleef dit gehandhaafd in de uitlokkings- en medeplichtigheidsbepaling (art. 47 lid 1 sub 2 respectievelijk 48 Sr). Hiervoor bleek dat dit opzetvereiste door zowel het CvR als de minister binnen het verband van medeplegen werd geïnterpreteerd als opzet gericht op de bestanddelen van het grondfeit. Het ligt dan voor de hand dat de gehandhaafde opzeteis voor uitlokking en medeplichtigheid ook betrekking heeft op de delictsbestanddelen. Een en ander vindt ondersteuning in een opmerking van minister Modderman ten aanzien van het uitlokken van een overtreding: ‘Al wordt voor overtredingen geen opzet gevorderd [voor de pleger, AP], het is toch mogelijk dat er opzet bestaat en evenzeer dat iemand opzettelijk eene door een ander gepleegde overtreding heeft uitgelokt.’⁹⁷ Uit deze zinsnede wordt vaak afgeleid dat de wetgever van oordeel was dat het opzet moet zijn betrokken op alle delictsbestanddelen, dus op geheel het grondfeit.⁹⁸ De wetgever van 1886 lijkt voor indirecte deelneming in beginsel opzet op alle delictsbestanddelen te hebben willen eisen.

Uit deze wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever ten aanzien van het schuldverband voor de directe deelnemers een andere benadering heeft gekozen dan met betrekking tot de indirecte deelnemers. Voor het vereiste schuldverband van de *directe deelnemers* werd aansluiting gezocht bij de aansprakelijkheidseisen voor de pleger. Dat die eisen richtsnoer zijn, past bij het karakter van deze deelnemingsvormen: deze deelnemers komen in plaats van de pleger, zij zijn (uit causaal oogpunt) *hoofdverantwoordelijk* voor het verwezenlijken van het grondfeit.⁹⁹ Dat betekent dat als de delictsomschrijving *geen* opzet eist op bepaalde bestanddelen, het in de rede ligt ten aanzien van die bestanddelen evenmin opzet te eisen van de directe deelnemers. De aansprakelijkheid van de *indirecte deelnemers* is een *afgeleide* van het grondfeit dat de hoofdverantwoordelijke realiseert.¹⁰⁰ Mogelijkerwijs om die reden heeft de wetgever met betrekking tot deze deelnemers het uitgangspunt van ‘opzet op alle delictsbestanddelen’ gehandhaafd. Op grond daarvan is verdedigbaar alleen van dat uitgangspunt af te wijken, wanneer het desbetreffende grondfeit daartoe reden geeft.¹⁰¹ Van

96 Zo ook De Jong 2007, p. 207; Knigge 2003, p. 313–316.

97 Smidt I 1891, p. 440–441.

98 Zo bijvoorbeeld De Jong 2007, p. 118; Krabbe 2007, p. 142; Van Woensel 1993, p. 110.

99 Zie paragraaf 2.3.3.

100 Zie paragraaf 2.3.3.

101 Aldus Krabbe 2007, p. 142–144.

indirecte deelnemers wordt in beginsel dus *meer* opzet geëist dan waartoe de delictsomschrijving dwingt. Hieronder wordt in kaart gebracht op welke wijze het verschil in uitgangspunt tussen directe en indirecte deelnemer in concreto doorwerkt in het vereiste schuldverband.

3.3.2 Objectieve strafbepalende bestanddelen¹⁰²

3.3.2.1 Directe deelnemer

1) Bestanddeel bestreken door opzet, culpa of geobjectiveerd

Als de delictsomschrijving *opzet* eist van de pleger, dan geldt in beginsel dezelfde eis voor de directe deelnemer. Voor doodslag (art. 287 Sr) moet de deelnemer dus evenals de pleger (voorwaardelijk) opzet hebben op de levensberoving van het slachtoffer.¹⁰³ Die hoofdregel lijdt enkel uit-zondering wanneer de formulering van een specifieke delictsomschrijving het onmogelijk maakt dat deze deelnemers het voor ‘plegen’ vereiste opzet hebben. Dit is het geval wanneer de delictsomschrijving eist dat het opzet is betrokken op een *persoonlijk bestanddeel*. Voorbeelden daarvan zijn het opzet op het ‘onder *zich*’ hebben van een goed bij verduistering (art. 321 Sr) of het oogmerk om het weggenomen goed ‘*zich* wederrechtelijk toe te eigenen’ ingeval van diefstal (art. 310 Sr). Bij deelneming aan een dergelijk delict rijst dan een probleem, omdat deze bestanddelen maar door één persoon kunnen worden vervuld. De medepleger van verduistering bijvoorbeeld die het goed niet ‘onder zich heeft’, kan daardoor onmogelijk het door de delictsomschrijving vereiste opzet hebben op het ‘onder zich hebben’. In plaats daarvan wordt in de doctrine de eis gesteld dat de medepleger bij wie de omstandigheid ontbreekt, moet hebben ‘geweten dat zij [het opzet op het ‘onder zich hebben’, AP] bij den ander of een der anderen aanwezig was’.¹⁰⁴ In deze gevallen is het opzet van de deelnemer dus gericht op iets anders dan de delictsomschrijving vereist, omdat de delictsomschrijving een gelijkstelling van pleger en deelnemer uitsluit. Voor een door de delictsomschrijving vereiste kwaliteit of hoedanigheid geldt hetzelfde; de deelnemer moet opzet hebben op de aanwezigheid van die kwaliteit/hoedanigheid bij de ander.¹⁰⁵ Deze in de doctrine verdedigde opzeteis ten aanzien van persoonlijke bestanddelen is in lijn

102 Met deze categorie bestanddelen wordt bedoeld op *objectieve* bestanddelen. Daarbuiten vallen subjectieve bestanddelen (bijvoorbeeld het bestanddeel ‘opzettelijk’ in geval van art. 287 Sr). Deze categorie bestanddelen wordt behandeld in paragraaf 3.3.3. Daarnaast draait het om op *strafbepalende* bestanddelen. Daarmee zijn kwalificerende gevolgen (bijvoorbeeld art. 300 lid 3 Sr) en omstandigheden (bijvoorbeeld art. 311 lid 1 sub 5 Sr) uitgesloten. Deze komen aan bod in in paragraaf 3.3.4 en 3.3.5.

103 Zie voor medeplegen bijvoorbeeld HR 14 oktober 2003, *NJ* 2004, 103; HR 17 september 2002, *LJN* AE 6118 (Veghel); HR 8 mei 2001, *LJN* AB1472, *NJ* 2001, 480 (Bacchus).

104 Van Hattum 1953, p. 390. In soortgelijke zin Noyon/Langemeijer en Rammelink, art. 47, aant. 24.

105 De Hullu 2012, p. 427–428. Enigszins anders De Jong 2009a, p. 35–40. De Jong meent dat het afhankelijk is van de aard van de kwaliteit of iemand die de vereiste kwaliteit niet bezit, toch medepleger kan zijn van het kwaliteitsdelict.

met de wetsgeschiedenis.¹⁰⁶

Dat de directe deelnemer enkel *culpa* hoeft te hebben wanneer een bestanddeel door *culpa* wordt beheerst, is tegenwoordig onbetwist.¹⁰⁷ Diezelfde overeenstemming bestaat ten aanzien van *geobjectiveerde bestanddelen*; deze bestanddelen zijn voor de pleger onttrokken aan opzet of *culpa*, datzelfde geldt voor de medepleger. Een voorbeeld van een geobjectiveerd misdrijfbestanddeel is de ‘rechtmatige uitoefening van zijn bediening’ door de ambtenaar, in de zin van art. 180 Sr (wederspanningheid). Voor de strafbaarheid van de pleger is niet vereist dat deze beseft dat de ambtenaar ‘rechtmatig’ handelt. Diezelfde regel geldt voor de directe deelnemer.¹⁰⁸

2) Overtredingen

Het vereiste schuldverband voor het medeplegen van een *overtreding* heeft wél tot discussie geleid. De pleger hoeft in de regel geen opzet of *culpa* te hebben ten aanzien van enig overtredingsbestanddeel, omdat overtredingen vaak geen schuldbestanddeel kennen.¹⁰⁹ In lijn daarmee wordt wel bepleit dat voor het medeplegen van een overtreding enkel ‘bewuste en nauwe samenwerking’ is vereist, zonder aanvullende opzeteis ten aanzien van enig overtredingsbestanddeel.¹¹⁰ Mogelijkerwijs is dat het geldende recht op dit punt.

De Hoge Raad is van oordeel dat sprake is van het medeplegen van een overtreding als die overtreding is gepleegd in de voor medeplegen vereiste samenwerking. Dat oordeel komt tot uitdrukking in het arrest HR 20 mei 1997, LJN ZK0235, en is nadien herhaald¹¹¹. De verdachte handelde in bloembollen. In de kern komt het aan hem gemaakte strafrechtelijk verwijt er op neer dat de verdachte tezamen en in vereniging¹¹² met een ander bloembollen heeft ‘bewaard’ (voortdurende toestand) in een misleidende verpakking; de verdachte bewaarde de door middel van ‘zaad’ geteelde dahliaknollen in een verpakking

106 Uit de MvT bij art. 50 Sr (aansprakelijkheid voor persoonlijke omstandigheden) volgt dat ten aanzien van persoonlijke bestanddelen die *strafbepalend* van aard zijn ‘de gewone regelen van strafregtelijke verantwoordelijkheid [gelden]. Ieder[e] mededader van of medepligtige aan het misdrijf, die bekend was met en wiens opzet ook gerigt was op deze omstandigheid, moet in hare strafregtelijke gevolgen delen, al betreft zij hem niet persoonlijk.’ Zie Smidt I 1891, p. 447.

107 Zie De Hullu 2012, p. 428; Noyon/Langemeijer en Rummelink, art. 47 aant. 26. Zie voor recente rechtspraak HR 6 oktober 2009, LJN BJ9367, NJ 2009, 504; HR 7 juli 2009, LJN BI3862, NJ 2009, 482, m. nt. Mevis; HR 31 oktober 2006, LJN BD1381, NJ 2009, 79.

108 De Hullu 2012, p. 446.

109 Rummelink 1996, p. 104–105. Soms is het schuldbestanddeel ingeblikt in een gedragsbestanddeel. Zo impliceert het ‘aanhitsen’ van een dier (art. 425 sub 1 Sr) opzet. In een dergelijk geval moet worden aangenomen dat de medepleger wél opzet moet hebben op dat bestanddeel.

110 Zo Machiels 2011, p. 377; Machiels 1990, p. 174.

111 Zie HR 2 februari 1999, LJN ZD1313, NJ 1999, 554, m. nt. Schalken.

112 De omstandigheid ‘in vereniging’ wordt omsloten door het ‘medeplegen’ van het grondfeit, ook bij lijfelijke afwezigheid van een van de medeplegers bij de uitvoering daarvan (vgl. HR 11 februari 1997, LJN ZD0638, NJ 1997, 440). Nu het mij in dit onderzoek te doen is om de aansprakelijkheidsgrond ‘medeplegen’, zal ik gemakshalve spreken van het *medeplegen* van diefstal.

waarop door middel van ‘stek’ geteelde dahlia’s waren afgebeeld. In cassatie stelt de verdediging onder andere dat geen sprake was van medeplegen. A-G Fokkens adviseert die klacht te verwerpen. De Hoge Raad neemt dat advies en de motivering daarvan integraal over. De door de Hoge Raad aangehaalde overweging van de A-G luidt als volgt:

‘(...) In het onderhavige geval is sprake van een overtreding. Dit betekent voor het medeplegen zoals in casu het volgende. Voor medeplegen is onder meer een bewuste samenwerking, opzet op het samenwerken, vereist. Dit impliceert dat bij opzetdelicten er sprake moet zijn van dubbel opzet, te weten opzet op het (gevolg van het) delict en opzet op de samenwerking. *Nu een overtreding geen opzetdelict is, volgt daaruit dat voor medeplegen van overtredingen “slechts” opzet op de samenwerking is vereist. Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat via de achterdeur een opzetvereiste - in de vorm van een voor medeplegen vereist opzet op de bestanddelen van het delict - voor overtredingen gaat gelden* [cursivering, AP]. (...) Dit betekent dat voorzover het middel zich op het standpunt stelt dat er sprake moet zijn van dubbel opzet – hetgeen volgens de steller van het middel niet aanwezig is, nu verzoekster niet de opzet op de bestanddelen van het delict heeft gehad – het berust op een verkeerde rechtsopvatting.’¹¹³

De Hoge Raad plaatst het ‘opzet op de bestanddelen’ (niet vereist) en het ‘opzet op het samenwerken’ (wel vereist) tegenover elkaar. De Hullu leest deze overweging van de Hoge Raad zo, dat het opzet op *geen enkel overtredingsbestanddeel* – ook de delictsgedraging zou zich onttrekken aan de opzeteis – hoeft te zijn gericht.¹¹⁴ Mijns inziens volgt dat in ieder geval niet dwingend uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zo lijkt de Hoge Raad met ‘de bestanddelen’, de delictsbestand-delen *als geheel* op het oog te hebben.¹¹⁵ Dat laat de mogelijkheid open dat het opzet van de medepleger wél moet zijn gericht op de delictsgedraging of voortdurende toestand; dat de verdachte in deze zaak zich heeft gerealiseerd dat hij ‘bewaarde’, stond in cassatie niet ter discussie.

113 R.o. 5.1.

114 De Hullu 2012, p. 446-447.

115 Dat lijkt ook de insteek te zijn in de beslissing van de Hoge Raad in *NJ* 1999, 554, in welke zaak de geciteerde overweging in de hoofdtekst in de kern wordt herhaald. Het ging in die zaak om een overtreding van art. 6 lid 1 Wet toezicht effectenverkeer (inmiddels vervallen). Dat luidde: ‘Het is verboden zonder vergunning als effectenbemiddelaar in of vanuit Nederland diensten aan te bieden aan of te verrichten voor natuurlijke personen of rechtspersonen niet behorende tot een besloten kring.’ Dit leverde een overtreding op, zo volgt uit het toenmalige art. 1 sub 2 jo. 2 lid 1 WED. De Hoge Raad overwoog: ‘Anders dan in het middel wordt betoogd, is niet vereist dat uit de gebezigde bewijsmiddelen blijkt dat het opzet van de verdachte was gericht op de bewezenverklarde gedraging. Indien het opzet van de verdachte daarop was gericht, zou er immers sprake zijn van een misdrijf (...)’. De ‘gedraging’ verwordt niet tot misdrijf als enkel de delictsgedraging (‘diensten aanbieden’) opzettelijk is verricht. De overweging van de Hoge Raad heeft dus betrekking op méér delictsbestanddelen dan enkel de delictsgedraging. Dus: ook uit de overweging in deze zaak kan *niet* worden afgeleid dat het opzet op geen enkel overtredingsbestanddeel hoeft te zijn gericht. Wellicht moet het opzet wél zijn gericht op de delictsgedraging; dat de verdachte in deze zaak opzettelijk diensten had aangeboden, stond in deze zaak niet ter discussie.

De Hullu heeft zich tegen de opvatting gekeerd dat de *delictsgedraging* van een overtreding zich onttrekt aan de opzeteis voor medeplegen, welke zienswijze hij dus besloten ziet liggen in het geldende recht. In de ogen van De Hullu is medeplegen echter op zichzelf een ‘inhoudsloos begrip’, omdat het altijd is gekoppeld aan een strafbaar feit (accessoriteit): ‘Op dat delict moet de bewuste samenwerking van de medepleger zijn gericht en dat impliceert toch bijna automatisch een opzetvereiste op de delictsgedraging’.¹¹⁶ Als die eis niet zou worden gesteld, dan zou de medepleger ‘enigszins in de lucht’ hangen, aldus De Hullu. Door de opzeteis bij overtredingen te beperken tot de delictsgedraging ‘blijft de medepleger in het spoor van de pleger, terwijl tegelijkertijd recht wordt gedaan aan zijn positie als deelnemer’.¹¹⁷

Of De Hullu daadwerkelijk een andere opvatting huldigt dan de Hoge Raad is in mijn ogen, zoals hierboven gesteld, geen uitgemaakte zaak. Aangenomen dat het wél een materieelrechtelijk verschil betreft – het al (De Hullu) dan niet (Hoge Raad) vereisen van opzet op de delictsgedraging – dan kan dat verschil in bijzondere gevallen tot een andere uitkomst leiden. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het delict ‘burengerucht’ (art. 431 Sr).¹¹⁸ Stel dat twee dronken studenten ’s nachts al drinkend samen een krat bier over straat meenemen. Wanneer zij dat krat per ongeluk laten vallen en de naburige honden aanslaan, dan verwekken de studenten burengerucht. In deze omstandigheden zou dan in de aan de Hoge Raad toegeschreven zienswijze kunnen worden gekomen tot een bewezenverklaring van het medeplegen van het delict ‘burengerucht’: het krat bier is in bewuste en nauwe samenwerking vastgehouden, opzet op het laten vallen daarvan – de gedraging die burengerucht verwekt – is niet vereist.¹¹⁹ Voor het *plegen* van burengerucht is dat opzet evenmin vereist.¹²⁰ In zoverre hangt de pleger dus ook ‘enigszins in de lucht’. In de opvatting van De Hullu kan waarschijnlijk niet tot *medeplegen* worden gekomen: de studenten hebben het krat immers noch opzettelijk laten vallen noch hebben zij opzet gehad op het verwekken van burengerucht. De consequentie van de visie van De Hullu is dat een opzeteis wordt gesteld die niet voor de pleger geldt. Dat kan leiden tot afwijkende aansprakelijkheidsresultaten tussen plegen en medeplegen.

116 De Hullu 2012, p. 447. In gelijke zin Nieboer 1991, p. 213: ‘Als je eenmaal bij deelneming de dolus-eis stelt heeft die eis alleen maar zin als die dolus ook slaat op het *doel* van de deelneming nl. het plaatsvinden van de gronddelict-gedraging.’

117 De Hullu 2012, p. 447.

118 Luidend: ‘Met geldboete van de eerste categorie wordt gestraft hij die rumoer of burengerucht verwekt waardoor de nachtrust kan worden verstoord.’

119 Aangenomen wordt dat het verwekken van gerucht in verband moet staan tot een zekere ‘baldadigheid’, iets ‘ongeoorloofds’. Die baldadigheid ligt besloten in het in beschonken toestand en al drinkend over straat gaan met een krat bier. Vgl. Noyon/Langemeijer en Remmelink, art. 431, aant. 1.

120 Zo Noyon/Langemeijer en Remmelink, art. 431, aant. 1.

3.3.2.2 Indirecte deelnemer

1) Bestanddeel bestreken door opzet, culpa of geobjectiveerd bestanddeel

Met betrekking tot de door *opzet* beheerste bestanddelen van het grondfeit, geldt voor de indirecte deelnemers hetzelfde als voor de directe deelnemers; zij moeten het opzet hebben zoals is vereist door de delictsomschrijving.¹²¹ In geval van indirecte deelneming bestaat discussie of het opzet van deze deelnemers zich ook uitstrekt tot *door culpa bestreken of geobjectiveerde bestanddelen*.

In de heersende leer lijkt genoeg te worden genomen met culpa aan de zijde van de indirecte deelnemer ten aanzien van de door culpa bestreken bestanddelen van het grondfeit.¹²² Het verschil van opvatting is beperkt tot de vraag of *onbewuste* schuld volstaat¹²³, dan wel *bewuste* schuld moet worden geëist.¹²⁴ Ingeval van geobjectiveerde bestanddelen vereist R Emmelink dat het opzet van de indirecte deelnemer daarop is gericht. Voor het uitlokken van of medeplichtig zijn bij wederspanning (art. 180 Sr) is dan vereist dat de indirecte deelnemer opzet heeft op de rechtmatigheid van het optreden van de ambtenaar. De rechtvaardiging daarvoor vindt R Emmelink in de positie van de uitlokker, die eruit bestaat dat hij een ander willens en wetens een strafbaar feit laat plegen.¹²⁵ De meeste schrijvers eisen echter geen opzet van de indirecte deelnemer op geobjectiveerde bestanddelen.¹²⁶ Een van hen is Pompe. Deze auteur stelt dat de uitlokker en medeplichtige aansprakelijk zijn voor een delict zoals dat 'wettelijk is omschreven'. Het eisen van opzet op een geobjectiveerd bestanddeel zou een inbreuk maken op die delictsomschrijving.¹²⁷ Krabbe neemt een tussenpositie in. Uitgangspunt is volgens hem dat het opzet gericht moet zijn op alle delictsbestanddelen. Dus ook opzet op geobjectiveerde bestanddelen, tenzij de ratio van de specifieke strafbaarstelling 'de keuze logisch of wenselijk maakt dat ook de uitlokker geen opzet hoeft te hebben op een geobjectiveerd bestanddeel'. Hij geeft aan dat de objectivering van het bestanddeel 'rechtmatige bediening' vermoedelijk is gebaseerd op een zeker eigen risico voor de pleger.

121 Zo De Hullu 2012, p. 427. Daarbij geldt ook voor hen de in paragraaf 2.3.2.1 genoemde uitzondering op het vlak van de persoonlijke bestanddelen. Zo ten aanzien van de uitlokker Noyon/Langemeijer en R Emmelink, art. 47, aant. 34.

122 De Hullu 2012, p. 428-429 jo. 462, 473; Noyon/Langemeijer en R Emmelink, art. 47, aant. 35; Krabbe 2007, p. 143-144 (ten aanzien van uitlokking); Wolswijk 2007, p. 206-207 (met betrekking tot medeplichtigheid).

123 Krabbe 2007, p. 143-144 (ten aanzien van uitlokking); Pompe 1959, p. 254, 272. Dat lijkt ten aanzien van de *deelnemer* ook de opvatting te zijn van De Hullu. Zie De Hullu 2012, p. 428 (het opzet van de deelnemer strekt zich niet uit tot 'het door culpa bestreken bestanddeel (daar volgt de deelnemer de pleger)') jo. 460, 471.

124 R Emmelink 1996, p. 461; Noyon/Langemeijer en R Emmelink, art. 47, aant. 35 jo. art. 48, aant. 8.

125 R Emmelink 1996, p. 461. R Emmelink nuanceerde de consequentie van dit aanvullende opzet; opzet op geobjectiveerde bestanddelen zou de uitlokker vaak met behulp van het voorwaardelijk opzet wel kunnen worden toegeëind.

126 De Hullu 2012, p. 462, 473; Noyon/Langemeijer en R Emmelink, aant. 34 bij art. 47; Pompe 1959, p. 254 jo. 256, 272; Van Hattum 1953, p. 452, 463.

127 Pompe 1959, p. 254 jo. 272.

Die redenering zou ook gelden voor de uitlokker. Deze ratio van objectivering legitimeert ingeval van art. 180 Sr onttrekking van dat bestanddeel aan het uitloktersopzet.¹²⁸

2) Overtredingen¹²⁹

In de heersende leer wordt aangenomen dat het opzet van de *uitlokker* moet zijn gericht op *alle* overtredingsbestanddelen.¹³⁰ Die eis lijkt ook in het geldende recht te worden gesteld.¹³¹ Het verschil in aansprakelijkheidsvoorwaarden met de pleger en medeplegers, kan worden geïllustreerd aan de hand van art. 430 Sr.¹³² Voor pleger- of medeplegerschap volstaat het, zonder verlof daartoe van het bevoegd gezag, maken van een tekening van een bepaald object dat een militair werk blijkt te zijn. Daarentegen moet het opzet van de uitlokker zijn betrokken op alle delictsbestanddelen; *opzet* op het maken van een tekening van een militair werk, en *opzet* op het feit dat de uitgelokte daarvoor geen verlof heeft gekregen.

Het stellen van die aanvullende opzeteis voor uitlokking is in lijn met de zienswijze van minister Modderman.¹³³ Los daarvan wordt deze eis wel gerechtvaardigd door te wijzen op de positie en verantwoordelijkheid van de uitlokker. Aanknopen bij een voorbeeld van Remmelink, merkt Knigge ten aanzien van de overtreding ‘fietsen zonder bel’ op: ‘Het is de primaire verantwoordelijkheid van de fietser om te controleren of er een bel op zijn fiets zit. Het achterwege laten van die controle vormt dan ook een voldoende basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Omdat de primaire verantwoordelijkheid niet bij de uitlokker ligt, is het niet meer dan redelijk hem pas aansprakelijk te stellen als hij wist dat de bel ontbrak. Alleen dan had er – paradoxaal genoeg – bij hem een bel moeten zijn gaan rinkelen.’¹³⁴

3.3.3 Subjectieve strafbepalende bestanddelen

In de literatuur wordt wel verdedigd, met name ten aanzien van de uitlokker, dat de deelnemer opzet moet hebben op de mens rea van de pleger van het grondfeit (subjectief bestanddeel); bij opzetdelicten gaat het dan om opzet op het opzet van de pleger, bij culpoze delicten draait het om opzet op de aanwezigheid

128 Krabbe 2007, p. 143.

129 Onderstaande beschrijving richt zich alleen op de uitlokker. Medeplichtigheid is immers enkel strafbaar voor zover zij is gekoppeld aan een *misdrif* (art. 48 Sr).

130 Zo o.a. Krabbe 2007, p. 142; Knigge 2003, p. 298; Remmelink 1996, p. 460–461. Met een slag om de arm De Hullu 2012, p. 462.

131 HR 12 oktober 1982, LJN AC2660, *NJ* 1983, 799 (Zwarte markt in Eibergen). De Hoge Raad lijkt (voorwaardelijk) opzet te eisen op het ontbreken van de vergunning (een bestanddeel van de APV-bepaling).

132 Art. 430 Sr luidt: ‘Hij die zonder verlof van het bevoegd gezag een opname doet, een tekening of beschrijving maakt van enig militair werk, of die openbaar maakt, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie.’

133 Smidt I 1891, p. 440–441.

134 Knigge 2003, p. 298.

van culpa bij de pleger.¹³⁵ In geval van het uitlokken van opzetheling betekent dit dat vereist zou zijn dat ‘de uitlokker wist dat het goed van misdrijf afkomstig was, dat de uitgelokte dit wist én dat de uitlokker wist dat de uitgelokte het wist’.¹³⁶ Er zijn echter ook schrijvers die de eis van opzet op de mens rea van de pleger *niet* stellen.¹³⁷

In het kader van uitlokking is wel aangevoerd dat een dergelijke eis leidt tot onwenselijke consequenties. Indien de uitlokker immers dwaalt aangaande de mens rea van de uitgelokte – hij denkt ten onrechte dat de uitgelokte niet weet dat het goed van misdrijf afkomstig is – dan blokkeert die dwaling de aansprakelijkheid voor uitlokking van opzetheling.¹³⁸ In geval van de directe deelnemers doet die eis bovendien ongerijmd aan, gelet op het uitgangspunt dat de directe deelnemer en pleger qua opzet worden gelijkgesteld. Immers, dat vereiste geldt niet voor de pleger (hij hoeft geen opzet te hebben op de aanwezigheid van zijn eigen opzet). Gelet daarop ligt het evenmin in de rede om dat vereiste wél te stellen voor medeplegen.¹³⁹

De enige uitzondering betreft het bijzondere oogmerk: wanneer de delictsomschrijving oogmerk eist van de pleger ten aanzien van een persoonlijk bestanddeel, dan moet de deelnemer opzet hebben op de aanwezigheid van dat oogmerk bij de pleger.¹⁴⁰ Daarmee wordt echter geen *aanvullende* opzeteis gesteld. Veelmeer kan dit worden beschouwd als een *compensatie* voor het niet-vereisen van dat oogmerk bij de deelnemer. Voor medeplegen heeft dit tot gevolg dat bij diefstal de medepleger opzet moet hebben op het kwade oogmerk van zijn mededader wanneer laatstgenoemde de wegnemingshandeling verricht.

3.3.4 Kwalificerende gevolgen

Strafverzwarende omstandigheden verzwaren het grondfeit waaraan zij zijn verbonden. Die omstandigheden werken strafverzwarend *omdat* zij zijn gekoppeld aan een onderliggend strafbaar feit. Deze omstandigheden kunnen worden onderverdeeld in *kwalificerende gevolgen* en *kwalificerende omstandigheden*. In deze subparagraaf wordt de vraag onderzocht of en, zo ja, in welk schuldverband de deelnemer moet staan tot een kwalificerend gevolg, wil hij dit voor zijn rekening kunnen krijgen.

Kwalificerende gevolgen zijn geobjectiveerd voor de pleger. Voor het plegen van ‘mishandeling de dood ten gevolge hebbende’ (art. 300 lid 3 Sr) hoeft de

135 Noyon/Langemeijer en Rammelink, art. 47, aant. 35. Aanvankelijk stelde ook De Hullu die eis. Zie De Hullu 2003, p. 457.

136 Van Hattum 1953, p. 452.

137 Knigge 2003, p. 299; Van Hattum 1953, p. 452. De Hullu heeft zich bij deze opvatting aangesloten (De Hullu 2012, p. 462).

138 Zo Van Hattum 1953, p. 452; Knigge 2003, p. 299. In dit geval zou sprake zijn van wat ‘putatief doen plegen’ kan worden genoemd: men meent uit te lokken, maar is doen plegen vanwege de niet-strafbaarheid van de uitvoerder.

139 Knigge 2003, p. 313–316, i.h.b. p. 315 (met een beroep op de wetsgeschiedenis).

140 Zie paragraaf 3.3.2.1.

pleger dus niet in een schuldverband te staan tot het dodelijke gevolg.

Uit de wet en wetsgeschiedenis volgt klip en klaar dat de wetgever deze gevolgen ook heeft willen objectiveren voor de deelnemers. Voor de uitlokker en medeplachtige blijkt dat uit de wettekst: de aansprakelijkheid van deze indirecte deelnemers reikt tot handelingen die vallen binnen hun opzet, ‘benevens hun gevolgen’ (art. 47 lid 2 respectievelijk 49 lid 4 Sr). Die wettelijke grondslag ontbreekt ten aanzien van de directe deelnemers. Dat dezelfde regel ook voor hen geldt, ligt in het verlengde van het uitgangspunt dat zij qua schuldverband worden gelijkgesteld met de pleger.¹⁴¹ Daarenboven laat de wetsgeschiedenis daarover geen misverstand bestaan: minister Modderman gaf in de Tweede Kamer aan dat een kwalificerend gevolg aan dader of medeplachtige wordt toegerekend ‘omdat ze afgescheiden van de bedoeling de graviteit van het feit verzwaren. Dat de dader de gevolgen heeft voorzien is niet nodig (...)’. De rechtvaardiging voor de toerekening van een kwalificerend gevolg moet volgens Modderman worden gezocht in de ‘algemene voorzienbaarheid’ daarvan.¹⁴² Met andere woorden: wie betrokken is bij een mishandeling heeft kunnen en moeten voorzien dat deze mogelijkwijs de dood van het slachtoffer tot gevolg heeft. Juist om die reden heeft de wetgever dat dodelijke gevolg als kwalificerend gevolg in de wet opgenomen. De toerekening van een strafverzwarend gevolg vindt dus plaats buiten het schuldverband om. Deze benadering wordt in de heersende leer onderschreven.¹⁴³

De meningen zijn echter verdeeld over de kwestie of de deelnemer aansprakelijk is voor het kwalificerend gevolg, wanneer de pleger dat gevolg *opzettelijk* veroorzaakt. Is de uitlokker bijvoorbeeld strafbaar voor mishandeling de dood ten gevolge hebbende (art. 300 lid 3), als de uitgelokte een doodslag heeft begaan (art. 287 Sr)? De MvT bij art. 47 Sr duidt er mogelijk op dat de wetgever van 1886 die vraag ontkennend beantwoordde: in het kader van uitlokking van mishandeling lijkt de aansprakelijkheid voor het kwalificerend gevolg te worden beperkt tot het ‘niet bedoelde gevolg’ van mishandeling.¹⁴⁴ In lijn hiermee wordt wel verdedigd dat de uitlokker in dat geval enkel aansprakelijk is voor de in de doodslag besloten liggende mishandeling.¹⁴⁵ In deze zienswijze lijkt zwaar te worden getild aan het karakter van kwalificerende gevolgen, als zijnde algemeen

141 Zo Knigge 2003, p. 313-316, i.h.b. 314.

142 Smidt I 1891, p. 439. Modderman: ‘Dat de gevolgen in het algemeen voorzien zijn, en dus ook door den dader en zijne medeplachtigen hadden *kunnen* voorzien worden, blijkt uit de wetsbepaling. Wanneer in het algemeen niet te voorzien is dat zeker feit zekere gevolgen kan hebben, dan maakt de wetgever er ook geene melding, allermint eene verzwarende omstandigheid van.’

143 Zo bijvoorbeeld ten aanzien van medeplegen De Hullu 2012, p. 446; De Jong 2007, p. 120. Ten aanzien van uitlokking De Jong 2007, p. 120.

144 Smidt I 1891, p. 435: De uitlokker ‘zal als dader aansprakelijk zijn voor (...) mishandeling (...) en zelfs voor den dood van C, als deze het niet bedoelde gevolg der mishandeling was (...); maar hij is niet verantwoordelijk voor den doodslag van B [de uitgelokte, AP] op C gepleegd (...) met overschrijding van den ontvangen last.’

145 Zo bijvoorbeeld Krabbe 2007, p. 145; Knigge 2003, p. 304, nt. 30; Rammelink 1996, p. 462; Vos 1950, p. 208; Van Hamel 1927, p. 396.

voorzienbare maar niet bedoelde gevolgen van het grondfeit. Daartegenover wordt door sommige schrijvers de opvatting geplaatst dat de uitlokker ook in een dergelijk geval aansprakelijk is voor het kwalificerend gevolg.¹⁴⁶ In deze visie wordt de nadruk gelegd op het feit dat deze situatie niet in strijd is met de in art. 47 lid 2 Sr vervatte aansprakelijkheidsregel.¹⁴⁷

Dit vraagpunt naar de aansprakelijkheid voor kwalificerende gevolgen is vooral aangekaart in het kader van indirecte deelneming – vermoedelijk omdat van oudsher in dat verband de kans op een verschil tussen het gepleegde en het door de deelnemer beoogde feit het grootst werd geacht. Het is echter evenzeer een probleem dat in geval van *directe* deelneming om een oplossing vraagt. Zeker nu wel wordt bepleit dat de wettelijke aansprakelijkheidsregel voor de uitlokker (art. 47 lid 2 Sr) analoog zou moeten worden toegepast op medeplegen.¹⁴⁸ Hazewinkel-Suringa en Remmelink zijn twee van de weinige schrijvers die zich in verband met medeplegen over deze kwestie hebben uitgesproken.¹⁴⁹ Zij betogen dat de medepleger die enkel mishandelingsopzet heeft, geen deel heeft aan een doodslag door zijn mededader. In dat geval is de medepleger enkel aansprakelijk voor mishandeling (art. 300 lid 1 Sr), niet voor het kwalificerend gevolg daarvan (art. 300 lid 3 Sr). De achterliggende reden is dat de doodslag de grenzen van het *gezamenlijk* delictsoptzet – gericht op mishandeling – te buiten gaat. Dat maakt in de ogen van de auteurs dat alleen de mededader – als pleger – verantwoordelijk is voor de dood van het slachtoffer. Naar geldend recht krijgt echter ook de medepleger in een dergelijk geval het geobjectiveerd gevolg voor zijn rekening.¹⁵⁰

3.3.5 Kwalificerende omstandigheden

3.3.5.1 Inleiding

Onder ‘kwalificerende omstandigheden’ versta ik ‘*objectieve* strafverzwarende omstandigheden’.¹⁵¹ Dergelijke omstandigheden zijn gekoppeld aan een

146 Zo bijvoorbeeld De Hullu 2012, p. 463; Pompe 1959, p. 257; Van Hattum 1953, p. 455.

147 Zo expliciet De Hullu 2012, p. 463: ‘de strafverzwarende omstandigheid [de door doodslag veroorzaakte dood van het slachtoffer, AP] is aan het opzetvereiste onttrokken en mag daarom wel aan de uitlokker worden toegerekend’.

148 De Hullu 2012, p. 448; De Jong 2007, p. 120.

149 Zie Hazewinkel-Suringa 1964, p. 234 en Remmelink 1996, p. 439.

150 Zo bijvoorbeeld HR 16 december 2008, LJN BG2139 en HR 20 februari 2007, LJN AZ2105, NJ 2007, 263, m. nt. Reijntjes; HR 4 mei 1993, DD 93.400 jo. HR 4 mei 1993, DD 94.401. In gelijke zin als in de hoofdstekst CAG Knigge, punt 9 bij HR 17 november 2009, LJN BJ7262.

151 Daaronder valt, ook volgens de MvT bij art. 50 Sr (Smidt I 1891, p. 445–449), bijvoorbeeld diefstal met ‘braak’ (art. 311 lid 1 sub 5 Sr) of ‘geweld’ (art. 312 Sr). Buiten de objectieve strafverzwarende omstandigheden vallen de geheel *persoonlijke* omstandigheden in de zin van art. 50 Sr – bijvoorbeeld ‘ontoerekeningsvatbaarheid’ (art. 39 Sr). Dergelijke omstandigheden zijn alleen van invloed op de strafbaarheid van de persoon op wie zij betrekking hebben. Daarom wijzigt de aanwezigheid daarvan de aansprakelijkheidspositie van de deelnemer niet. Let wel, wanneer de persoonlijke omstandigheid *strafbepalend* van aard is, dan is art. 50 Sr niet van toepassing. Een voorbeeld daarvan is het hebben van een bepaalde kwaliteit (bijvoorbeeld het zijn van ‘bestuurder’ in de zin van art. 8 WVV). Daarover al

onderliggend strafbaar feit (grondfeit): de vervulde kwalificerende omstandigheid verhoogt de strafwaardigheid van dat grondfeit. Dat komt tot uiting in het toepasselijke strafmaximum.

De categorie kwalificerende omstandigheden omvat een bonte verzameling van verschillende *typen* omstandigheden. Sommige kwalificerende omstandigheden zijn voor de pleger *geobjectiveerd*. Voorbeelden daarvan zijn: diefstal van vee uit de weide (311 lid 1 sub 1 Sr), diefstal bij een bepaalde gelegenheid (sub 2) of gedurende een bepaalde tijd (sub 3). Daarbuiten zijn er omstandigheden die een *aanvullende handeling* vergen van de pleger. Een voorbeeld daarvan is diefstal ‘door middel van braak’ (art. 311 lid 1 sub 5 Sr). Wellicht is buiten het verrichten van de braakhandeling, ook vereist dat de pleger *opzet* heeft op het begaan van ‘braak’ als *middel* om het gronddelict te realiseren (doel).¹⁵² Ook in geval van diefstal met geweld (art. 312 Sr) wordt wel aangenomen dat het ‘geweld’ een kwalificerende omstandigheid is van het grondfeit ‘diefstal’.¹⁵³ Deze omstandigheid behelst het verrichten van een aanvullende handeling met een crimineel *oogmerk* – kortweg het oogmerk om door middel van geweld de diefstal te vergemakkelijken.¹⁵⁴ De veelkleurigheid van de verzameling omstandigheden wordt niet enkel veroorzaakt door het verschil in type omstandigheid, maar ook door het onderlinge verschil in *strafwaardigheid* daarvan. Zo wordt het strafmaximum voor diefstal verhoogd tot zes jaren ingeval van een omstandigheid als genoemd in art. 311 lid 1 Sr. Bij diefstal met geweld stijgt de mogelijke gevangenisstraf tot twaalf (art. 312 lid 2 sub 2 Sr) of zelfs vijftien jaren, wanneer dat geweld de dood van het slachtoffer tot gevolg heeft (art. 312 lid 3 Sr). Welke voorwaarden worden gesteld aan deelnemingsaansprakelijkheid voor een kwalificerende omstandigheid?

3.3.5.2 Wetsgeschiedenis

Uit de MvT bij art. 50 Sr (persoonlijke omstandigheden) volgt dat de wetgever voor de directe deelnemer enerzijds en voor de indirecte anderzijds een *verschillend aansprakelijkheidsregime* heeft gekozen.¹⁵⁵ Daarbij heeft de wetgever niet gedifferentieerd naar het type omstandigheid of de strafwaardigheid daarvan.

De doen pleger en medepleger heeft de wetgever van 1886 aansprakelijk willen houden voor een gerealiseerde kwalificerende omstandigheid, ook al

paragraaf 3.3.2.1.

152 In die zin Knigge 2003, p. 310, nt. 38 en CAG Knigge, punt 4.6 bij HR 13 september 2011, LJN BQ4677. Waarschijnlijk in gelijke zin Noyon/Langemeijer en Remmelink, art. 311, aant. 6. In deze opvatting is geen sprake van ‘braak’ wanneer de pleger een ruit van andermans woning vernielt om pas *daarna* op het idee te komen de geschapen opening te gebruiken om heimelijk de woning te betreden en goederen te stelen.

153 Zo minister Modderman (Smidt I, p. 435–436). Gelijk de opvatting van Modderman: CAG Vellinga, punt 7 bij HR 16 december 2008, LJN BG2146; Noyon/Langemeijer en Remmelink, art. 312, aant. 4; Knigge 2003, p. 310, nt. 38.

154 Anders dan met betrekking tot het ‘opzet’ bij ‘braak’, kan er redelijkerwijs geen twijfel over bestaan dat dit ‘oogmerk’ is vereist, aangezien dat vereiste is opgenomen in de wettekst.

155 Smidt I 1891, p. 445–450.

hebben zij daarop *geen opzet*: ‘Voor alle objectieve verzwarende omstandigheden [kwalificerende omstandigheden, AP] van het strafbare feit zijn allen, die het plegen, doen plegen of opzettelijk tot het plegen daarvan medewerken, verantwoordelijk.’¹⁵⁶ Daarentegen wordt voor de aansprakelijkheid daarvoor van uitlokking en medeplegigen *opzet* vereist: ‘Die verantwoordelijkheid rust op de intellectuele daders en medeplegigen alleen voorzoover hun opzet op de bedoelde omstandigheden gericht was of zij daarvan kennis droegen’.¹⁵⁷ Deze zienswijze waarin enkel van de indirecte deelnemers opzet gevorderd wordt, komt ook naar voren in de MvT bij art. 47 Sr. In die MvT zet de minister de omvang van de aansprakelijkheid van de medepleger af tegen die van de uitlokking. Het verschil in omvang wordt geïllustreerd aan de hand van een op het medeplegen geënte casuspositie: ‘Zoo A en B gezamenlijk een diefstal plegen, zal A aansprakelijk zijn voor alle objectieve verzwarende omstandigheden van het misdrijf (braak, inklimming, geweld enz.), al heeft hij daarin geen aandeel gehad en al was zijn wil daarop juist niet bepaald gericht.’¹⁵⁸

Voor aansprakelijkheid is noch een aandeel in noch opzet op de omstandigheid vereist van de medepleger, ongeacht het type omstandigheid of de strafwaardigheid daarvan. Dat oogt ongerijmd wat betreft het type omstandigheid waarbij van de pleger een bepaald oogmerk (diefstal met geweld) of opzet (wellicht ‘braak’) wordt geëist. Het uitgangspunt is immers dat pleger en medepleger qua *opzet* gelijk worden behandeld.¹⁵⁹ De ongerijmdheid lost op als die gelijkstelling tussen pleger en medepleger enkel betrekking zou hebben op de aansprakelijkheid voor *strafbepalende* bestanddelen. In die lezing heeft de wetgever enkel gewild dat het opzet van de medepleger zich uitstrekt tot door opzet bestreken delictsbestanddelen (en dus niet tot kwalificerende omstandigheden). Dit is mijn ogen de meest aannemelijke interpretatie van de wetsgeschiedenis.¹⁶⁰

Knigge gaat nog een stap verder. Niet alleen zou de wetgever geen opzet van

156 Smidt I 1891, p. 445.

157 Smidt I 1891, p. 445.

158 Smidt I 1891, p. 435–436. Aan dit voorbeeld gaat een uitlokkingscasus vooraf, waarin de uitlokking een mishandeling beoogt en de uitgelokte een doodslag pleegt. De minister geeft aan dat de uitlokking in dat geval ‘niet verantwoordelijk’ is voor die ‘met overschrijding van den ontvangen last’ gepleegde doodslag. Naar aanleiding daarvan geeft de minister aan dat ‘een andere regel geldt voor de *auctores physici*’. Dan volgt het voorbeeld dat in de hoofdtekst is weergegeven. Het moge duidelijk zijn dat de casus ongelijksoortig zijn: de uitlokkingscasus ziet op een geval van uiteenlopend opzet ten aanzien van strafbepalende bestanddelen, in de medeplegerscasus is het opzet gericht op dezelfde strafbepalende bestanddelen, en is het enkel de vraag of opzet op een kwalificerende omstandigheid een noodzakelijke aansprakelijkheidsvoorwaarde is.

159 Zie de paragrafen 2.3.3, 3.3.1 en 3.3.3.

160 Anders Reijntjes 2005, p. 10. Reijntjes interpreteert de wetsgeschiedenis zo, dat de wetgever ‘het niet nodig [vond] om in ieder afzonderlijk geval vast te stellen of de verdachte rekening heeft gehouden met de aanmerkelijke kans [dat zijn mededader een kwalificerende omstandigheid vervult, AP], en zo diens voorwaardelijk opzet “ingebakken”’. Hoewel de wetsgeschiedenis deze interpretatie niet dwingend uitsluit, ligt zij naar mijn mening niet voor de hand. De medepleger lijkt ‘verantwoordelijk’ te worden gehouden voor een kwalificerende omstandigheid, zonder dat daarvoor opzet is vereist.

de medepleger hebben geëist ten aanzien van een kwalificerende omstandigheid, ook zou de vereiste *samenwerking* ('opzettelijke medewerking') zich niet hoeven uit te strekken tot de realisering van een dergelijke omstandigheid.¹⁶¹ Die samenwerking zou enkel zijn gericht op *strafbepalende* bestanddelen: de vervulling daarvan zou moeten plaatsvinden 'binnen' het kader van de samenwerking, aldus Knigge, de realisering van kwalificerende omstandigheden mag 'enigszins buiten' het samenwerkingskader vallen.¹⁶² Deze zienswijze volgt in ieder geval niet dwingend uit de wetshistorie.¹⁶³ De beperking van 'opzettelijke medewerking' tot *bestanddelen* wordt in de wetsgeschiedenis niet uitdrukkelijk als zodanig gepresenteerd. De hiervoor weergegeven opmerkingen van minister Modderman en de CvR over het medeplegen van een overtreding illustreren wél dat het ontbreken van een opzetsis ten aanzien van strafbepalende bestanddelen, *niet* betekent dat de vervulling daarvan hiermee *buiten* de samenwerking valt.¹⁶⁴ Uit het niet-vereisen van opzet ten aanzien van een kwalificerende omstandigheid, mag daarom op zichzelf niet worden afgeleid dat de opzettelijke medewerking zich niet uitstrekt tot de vervulling van die omstandigheid. Die conclusie kan evenmin worden getrokken uit het niet-vereisen van een 'aandeel' in het realiseren van een kwalificerende omstandigheid. In geval van de aansprakelijkheid voor het grondfeit is namelijk ook niet vereist dat de medepleger een bijdrage levert aan de vervulling van élk delictsbestanddeel. Zo stelde minister Modderman ten aanzien van het medeplegen van formele delicten, dat voldoende is dat de medepleger 'eene daad' verricht die 'tot het wezen van het misdrijf behoort'.¹⁶⁵ De opzettelijke medewerking kan zich met andere woorden ook uitstrekken tot bestanddelen waaraan geen directe bijdrage is geleverd. Kortom, uit de wetsgeschiedenis volgt naar mijn mening niet meer dan dat de medepleger géén opzet hoeft te hebben op een kwalificerende omstandigheid. Dergelijke omstandigheden zijn geobjectiveerd.

Aangenomen dat een bijdrage aan en opzet op de kwalificerende omstandigheid in de ogen van de wetgever van 1886 niet zijn vereist, blijft in het midden of hij heeft gewild dat het in vereniging begaan van een diefstal daarmee voor alle medeplegers *zonder meer* aansprakelijkheid schept voor kwalificerende omstandigheden.¹⁶⁶ Een dergelijke onverkorte aansprakelijkheid zou ertoe leiden

161 Aldus Knigge 2003, p. 313–316, i.h.b. p. 313–314. Zie nader paragraaf 3.3.5.5 en 4.3.4.

162 Zie Knigge 2003, p. 315–316.

163 Terzijde: ook naar huidig recht lijkt de bewuste en nauwe samenwerking zich te moeten uitstrekken tot in ieder geval het kwalificerende geweld in het kader van diefstal. Daarover paragraaf 3.3.5.3.

164 Zie paragraaf 3.3.1.

165 Smidt I 1891, p. 437. Ook een ander aanknopingspunt dat Knigge uitlicht ten faveure van zijn lezing is in mijn ogen niet doorslaggevend (Knigge 2003, p. 314). De auteur beroept zich op de omschrijving die de CvR gaf van 'medewerking': 'de deelneming aan die feiten, welke behooren tot de *constitutive* [sic] *elementen* [cursivering, AP] van het misdrijf (Smidt I 1891, p. 436)'. Met deze omschrijving werd echter bedoeld op het verschil tussen medeplegen (medewerking) en medeplichtigheid (hulp). Om die reden kan daaruit niet worden afgeleid dat de vereiste medewerking zich *beperkt* tot strafbepalende bestanddelen.

166 De wetsgeschiedenis laat immers de mogelijkheid open dat weliswaar geen opzet of bijdrage wordt vereist, maar dat in plaats daarvan andere aansprakelijkheidsvoorwaarden worden gesteld. Zo ook

dat wie met een ander uit stelen gaat, zonder meer aansprakelijk is voor ‘diefstal met geweld’ wanneer een mededader in het kader van die diefstal onverwacht geweld inzet.¹⁶⁷

De consequentie van een onverkorte aansprakelijkheid die in het hierboven gegeven voorbeeld naar voren komt, is verstrekkend. Zeker wanneer de bewuste omstandigheid het strafmaximum fors verhoogt, zoals bij het kwalificerend geweld. Waarschijnlijk verklaart dit grotendeels dat tegenwoordig door veel schrijvers wordt betoogd dat de aansprakelijkheid voor kwalificerende omstandigheden op enige wijze moet worden ingedamd.¹⁶⁸ Over de wijze waarop die beperking moet worden vormgegeven bestaat verschil van opvatting. Ik onderscheid drie zienswijzen: in de eerste moet worden vastgesteld dat de medepleger *opzet* heeft gehad op de kwalificerende omstandigheid (waarschijnlijk het geldende recht ten aanzien van diefstal met geweld), in de tweede opvatting wordt de medepleger verondersteld opzet te hebben gehad als de *voorzienbaarheid* van de omstandigheid kan worden vastgesteld (Reijntjes) en in de derde zienswijze wordt de aansprakelijkheid geplaatst in de sleutel van *redelijke toerekening* (Knigge).

Deze opvattingen worden achtereenvolgens in kaart gebracht. Voor een goed begrip wijs ik hier alvast op twee aandachtspunten. In de eerste plaats moet worden bedacht dat de verschillende zienswijzen vaak worden geïllustreerd aan de hand van ‘geweld’ (vereist: aanvullende handeling en een crimineel oogmerk) en ‘braak’ (aanvullende handeling, mogelijkereis aanvullend opzet).¹⁶⁹ Bij deze omstandigheden zijn de aansprakelijkheidsvoorwaarden voor de *pleger* hoger opgeschroefd dan wanneer het draait om geobjectiveerde omstandigheden (aanvullende handeling noch opzet is vereist). Dat roept in het kader van *medeplegen* de onbeantwoorde vraag op of de zienswijze die naar voren wordt gebracht ten aanzien van ‘geweld’ en ‘braak’, mag worden doorgetrokken naar geobjectiveerde omstandigheden. Een tweede punt van aandacht is dat de drie opvattingen per saldo dicht tegen elkaar aanliggen. Dat komt doordat in de rechtspraak aan het bewijs van bedoeld opzet zodanig lichte eisen worden gesteld, dat de gestelde opzeteis wordt uitgehold. Volgens Reijntjes en Knigge wordt weliswaar opzet bewezenverklaard, maar gaat het vaak in wezen om een vorm van toerekening.¹⁷⁰ Dat toerekeningsaspect verdisconteren zij expliciet in hun zienswijze.

Reijntjes 2005, p. 10; Knigge 2003, p. 315-316.

167 In soortgelijke zin Reijntjes 2005, p. 10.

168 Zo bijvoorbeeld Noyon/Langemeijer en Rummelink, art. 311 aant. 1; Reijntjes 2005, p. 10; Knigge 2003, p. 313-316. Die gedachte leek vroeger niet erg te leven. In die tijd werd vaak een onverkorte aansprakelijkheid verdedigd. Zo bijvoorbeeld Noyon/Langemeijer 1947, p. 365; Zevenbergen 1924, p. 249; Van Hamel 1927, p. 409 (de schrijver merkt daarbij overigens op dat deze aansprakelijkheidsverruiming met ‘een logische toepassing der schuldleer niet te rijmen [is]’).

169 Zie paragraaf 3.3.5.1.

170 Zie bijvoorbeeld Reijntjes 2005, p. 1-2 jo. 10; Knigge 2003, p. 316.

3.3.5.3 Aansprakelijkheidsbeperking: opzet

Uit de literatuur blijkt dat een deel van de schrijvers de aansprakelijkheid van de medepleger wil begrenzen door *opzet* te eisen op een kwalificerende omstandigheid.¹⁷¹ Die eis wordt vermoedelijk ook gesteld in de rechtspraak van de Hoge Raad over het in vereniging¹⁷² begaan van *diefstal met geweld* (art. 312 Sr). Het opzetvereiste ten aanzien van het kwalificerende ‘geweld’ lijkt bijvoorbeeld te spreken uit een zaak waarin de Hoge Raad de door de feitenrechter gehanteerde maatstaf – de medepleger had opzet op het kwalificerend geweld – in stand laat, waarna hij enkel de vaststelling daarvan (marginaal) toetst.¹⁷³ Veel schrijvers begrijpen het geldende recht in deze zin: de medepleger moet (voorwaardelijk) opzet hebben op het kwalificerend geweld.¹⁷⁴ Daarnaast lijkt in het geldende recht ook te worden verlangd dat de *bewuste en nauwe samenwerking* zich uitstrekt tot het kwalificerend ‘geweld’ van diefstal.¹⁷⁵ Is dit inderdaad het geval, dan bestaat geen verschil (meer) met de aansprakelijkheidsvoorwaarden ten aanzien van door opzet bestreken strafbepalende *bestanddelen*. Ik houd het er voor dat dit de stand is van het geldende recht met betrekking tot het medeplegen van diefstal met geweld.

Of en, zo ja, welke nadere aansprakelijkheidsvoorwaarden in het geldende recht worden gesteld aangaande *overige* kwalificerende omstandigheden – zoals diefstal door middel van ‘braak’ – is onhelder. Daarover is mij geen relevante rechtspraak bekend van de Hoge Raad.

3.3.5.4 Aansprakelijkheidsbeperking: voorzienbaarheid

In zijn afscheidsrede bepleit Reijntjes dat de medepleger in materieelrechtelijke zin opzet moet hebben op het kwalificerend geweld.¹⁷⁶ Dat opzet hoeft in de ogen van de schrijver echter niet inhoudelijk te worden *vastgesteld*. De wetgever

171 Zo bijvoorbeeld ten aanzien van ‘geweld’: Tekst en Commentaar Strafrecht 2012, art. 47, aant. 6c (bewerkt door Van Woensel). In verband met ‘braak’ Noyon/Langemeijer en Rummelink, art. 311 aant. 1; Tekst en Commentaar Strafrecht 2012, art. 311, aant. 8 (bewerkt door Cleiren).

172 Als eerder gememoreerd: de omstandigheid ‘in vereniging’ wordt omsloten door het ‘medeplegen’ van het grondfeit, ook bij lijfelijke afwezigheid van een van de medeplegers bij de uitvoering daarvan (vgl. HR 11 februari 1997, LJN ZD0638, NJ 1997, 440). Nu het mij in dit onderzoek te doen is om de aansprakelijkheidsgrond ‘medeplegen’, zal ik gemakshalve spreken van het *medeplegen* van diefstal.

173 HR 18 januari 2011, LJN BO6365, r.o. 2.3: ‘Blijkens hetgeen het Hof heeft overwogen heeft het Hof opzet van de verdachte op het gebruik van geweld kennelijk in de vorm van voorwaardelijk opzet bewezen geacht. Gelet op ‘s Hof’s bewijsvoering behoeft dat oordeel evenwel nadere motivering.’ In soortgelijke zin HR 12 november 1996, LJN ZD0574, NJ 1997, 190. Aanwijzingen voor de eis van geweldsopzet kunnen verder worden ontleend aan: HR 20 november 2012, LJN BY0267, NJ 2012, 677; HR 4 oktober 2011, BR2220, NJ 2011, 470 en HR 20 januari 1998, LJN ZD0902, NJ 1998, 426.

174 Zo bijvoorbeeld CAG Machielsse, punt 4.3 bij HR 18 januari 2011, LJN BO6365; Reijntjes 2005, p. 10, i.h.b. nt. 26; Tekst en Commentaar Strafrecht 2012, art. 311, aant. 8 (bewerkt door Cleiren).

175 Vermoedelijk in die zin HR 4 oktober 2011, NJ 2011, 470, r.o. 2.3: ‘Uit ‘s Hof’s bewijsvoering kan niet zonder meer volgen dat de verdachte wat betreft het bewezenverklarde geweld en de bewezenverklarde bedreiging met geweld zo nauw en bewust met zijn mededaders heeft samengewerkt dat sprake is van het medeplegen van die gedragingen. (...)’. In soortgelijke zin HR 12 november 1996, NJ 1997, 190.

176 Reijntjes 2005, p. 9–10.

zou dat (voorwaardelijk) opzet op een kwalificerende omstandigheid hebben ‘ingebakken’; niet vereist zou zijn dat de rechter in elk afzonderlijk geval dat opzet vaststelt, de wetgever *veronderstelde* dat de medepleger dit opzet in de regel heeft. Om te voorkomen dat dit leidt tot onwenselijke consequenties – de medepleger is onverkort aansprakelijk voor geweld, ook als voor de kans daarop vooraf geen enkele aanwijzing bestond – zou een nadere aansprakelijkheidsbeperking moeten gelden. Die indamming zou moeten bestaan in de eis dat het kwalificerend geweld voor de medepleger in ieder geval *voorzienbaar* is geweest.¹⁷⁷

De voorzienbaarheidseis fungeert in de visie van Reijntjes niet als materieelrechtelijk criterium – geweldsopzet blijft vereist – maar als *bewijs* voor het voorwaardelijk opzet van de medepleger op de kwalificerende omstandigheid. Die bewijssprong waarin het opzet op de omstandigheid is bewezen als de voorzienbaarheid van die omstandigheid is gegeven, is in feite een vorm van *toerekening*. Per saldo komt de opzeteis immers neer op het stellen van een voorzienbaarheidseis.¹⁷⁸

3.3.5.5 Aansprakelijkheidsbeperking: redelijke toerekening

Nu Reijntjes in zijn afscheidsrede strikt genomen wel een opzeteis stelt, blijft hij in materieelrechtelijk opzicht in het spoor van de eerste opvatting. Er is echter ook een hedendaagse zienswijze, verdedigd door Knigge, waarin dat spoor wordt verlaten: in lijn met de wetsgeschiedenis zou *geen* opzet moeten worden vereist.¹⁷⁹ Knigge bepleit met een beroep op diezelfde wetsgeschiedenis dat de aansprakelijkheid van de medepleger voor kwalificerende omstandigheden moet worden gezet in de sleutel van *redelijke toerekening*: een toerekening die ‘beheerst wordt door de redelijkheid’, is volgens de auteur in overeenstemming met de ‘geest van de wet’.¹⁸⁰

Voor Knigge draait het telkens om de vraag of de *concrete gedraging* van de mededader aan de medepleger kan worden toegerekend.¹⁸¹ Indien die gedraging een *strafbepalend* delictsbestanddeel vervult, dan zou de wetgever hebben

177 Reijntjes verdedigt die opvatting met een beroep op de MvT bij art. 47 Sr: de wetgever ‘wenste strafbaarheid, al was de wil van de verdachte “juist niet *bepaald* gerigt” op wat uiteindelijk werd begaan; dat is iets heel anders dan dat zijn wil daar *bepaald niet* op was gericht. Daarom moet hier voorzienbaarheid worden gevergd (...)’ Zie Reijntjes 2005, p. 10.

178 In een latere publicatie (Reijntjes 2007) presenteert Reijntjes de (objectieve) voorzienbaarheid als *materieelrechtelijk* criterium in de context van de aansprakelijkheid van de medepleger voor een samenhangend delict (daarover paragraaf 3.4.4). Uit die publicatie is niet op te maken of Reijntjes de voorzienbaarheidseis bij diefstal met geweld nog steeds ziet als voldoende *bewijs* voor geweldsopzet of dat de voorzienbaarheid van geweld *materieelrechtelijk* volstaat voor de toerekening van dat geweld aan de medepleger. Ik ga uit van de uiteenzetting in de hoofdttekst, die is gebaseerd op de afscheidsrede van Reijntjes in 2005. De latere publicatie uit 2007 komt in paragraaf 3.4.4 aan bod.

179 Knigge 2003, p. 315–316.

180 Knigge 2003, p. 313–316.

181 Vgl. Knigge 2003, p. 310: ‘In wezen gaat het om de vraag onder welke omstandigheden de gedraging van de ene medepleger kan worden toegerekend aan de ander. Die vraag speelt ook – of juist – als opzet op strafverzwarende omstandigheden door de wet niet wordt geëist.’ In paragraaf 4.3.4 wordt uitgebreider ingegaan op deze materie.

geëist dat die gedraging in bewuste en nauwe samenwerking (hedendaags geformuleerd) is verricht, en dat de medepleger daarnaast opzet heeft op de vervulling van dat bestanddeel (indien vereist door de delictsomschrijving).¹⁸² De grondslag van de aansprakelijkheid van de medepleger voor die gedraging is dus gelegen in die samenwerking en zijn opzet op dat bestanddeel. Daarentegen berust de toerekening van een gedraging die een *kwalificerende omstandigheid* vervult volgens Knigge ‘op een wat ruimere grondslag’. In dat geval mag de gedraging ook voor rekening van de medepleger komen als deze ‘het kader van de samenwerking enigszins te buiten gaat’. Niet vereist is dat het opzet van de medepleger die omstandigheid omvat. De toerekening van een gedraging die een kwalificerende omstandigheid vervult, heeft volgens Knigge dan ook een andere grondslag: ‘Die toerekening berust (...) op de *voorzienbaarheid van dergelijk gedrag* [cursivering, AP], en misschien ook wel op het principe *versari in re illicita*’.¹⁸³ Wie met criminele vrienden op pad gaat, moet niet zeuren over hun onbetrouwbaarheid. De risico’s die men daarmee neemt, komen al gauw voor eigen rekening.¹⁸⁴ Hiervoor heb ik al uiteengezet dat de wetsgeschiedenis naar mijn oordeel geen grond biedt voor het onderscheid dat Knigge maakt tussen ‘binnen’ en ‘buiten’ de samenwerking, op basis van de juridische kwalificatie van de gedraging (strafbepalend bestanddeel onderscheidenlijk kwalificerende omstandigheid).¹⁸⁵

De consequentie van Knigges benadering is niet alleen dat binnen de figuur medeplegen een verschil in aansprakelijkheidscriteria optreedt tussen een gedraging die een strafbepalend bestanddeel vervult enerzijds en die welke een kwalificerende omstandigheid verwezenlijkt anderzijds, maar ook dat in verband met kwalificerende omstandigheden een verschil ontstaat tussen de aansprakelijkheidscriteria voor het *plegen* en het *medeplegen* daarvan. De aansprakelijkheidsvoorwaarden voor ‘plegen’ hangen immers uitsluitend af van het type omstandigheid; dat betekent dat soms een bepaald oogmerk of opzet is vereist (diefstal met geweld of door middel van braak), terwijl de omstandigheid in andere gevallen is geobjectiveerd (diefstal in ‘nachtelijke’ uren).¹⁸⁶ Voor de aansprakelijkheid van de medepleger is het type omstandigheid irrelevant, zo volgt uit Knigges uiteenzetting; of het nu gaat om een voor de pleger geobjectiveerd of door opzet bestreken omstandigheid, in beide gevallen is de ‘redelijke toerekening’ de maatstaf voor de medepleger.¹⁸⁷

182 Knigge 2003, p. 314–318.

183 Voluit: ‘Versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto’. Het uit het canonieke recht stammende versaribeginsel houdt in dat iemand ‘die een ongeoorloofde daad had gepleegd, tevens aansprakelijk werd gesteld voor alle, ook geheel onvoorzienbare gevolgen daarvan (R Emmelink 1996, p. 222)’. Het versaribeginsel klinkt in milde vorm door in de aansprakelijkheid voor een door het gevolg gekwalificeerd delict, in welk geval het gevolg immers in het *algemeen* voorzienbaar is (vgl. paragraaf 3.3.4). Zie daarover R Emmelink 1996, p. 124; Van Bemmelen/Van Veen 2003, p. 82–83.

184 Knigge 2003, p. 313–316.

185 Zie paragraaf 3.3.5.2.

186 Zie paragraaf 3.3.5.1.

187 Knigge formuleert zijn kernvraag – onder welke voorwaarden kan de gedraging van de mededader

3.3.5.6 Besluit en vooruitblik

Het voorgaande laat zien dat tegenwoordig de breed gedeelde opvatting is dat de aansprakelijkheid van de medepleger voor een kwalificerende omstandigheid – in ieder geval ten aanzien van het kwalificerende ‘geweld’ – door een nadere aansprakelijkheidsvoorwaarde moet worden begrensd. Er wordt in dat verband verschillend gedacht over de te stellen voorwaarde. In het geldende recht lijkt het opzet van de medepleger zich te moeten uitstrekken tot *kwalificerend geweld*, als betreft het een strafbepalend bestanddeel. Gezien het feit dat de in dit bestek relevante rechtspraak telkens betrekking heeft op deze kwalificerende omstandigheid en die omstandigheden wat betreft type en strafwaardigheid uiteenlopen, volgt uit die jurisprudentie niet zonder meer dat naar geldend recht opzet is vereist op *elke* kwalificerende omstandigheid.

Schrijvers als Reijntjes (opzet bewezen bij gegeven voorzienbaarheid) en Knigge (redelijke toerekening) menen dat, ook in verband met kwalificerend geweld, met minder dan opzet genoeg moet worden genomen. Per saldo komen de opvattingen van Reijntjes en Knigge vrijwel op hetzelfde neer. Dit komt doordat de ‘voorzienbaarheid’ van geweld een belangrijke factor is bij de beoordeling of het ‘redelijk’ is om dat geweld toe te rekenen aan de medepleger.¹⁸⁸ Het verschil tussen beide zienswijzen is vooral dat die voorzienbaarheid anders wordt gepositioneerd: als bewijs voor het materieelrechtelijk vereiste geweldsopzet (Reijntjes) onderscheidenlijk als belangrijke indicator voor de materieelrechtelijk te eisen *redelijkheid van de toerekening* van dat geweld (Knigge). Beide opvattingen verschillen evenmin wezenlijk van de zienswijze die tot uitdrukking lijkt te komen in de jurisprudentie. Dit spreekt ook uit het feit dat beide schrijvers in de rechtspraak aanknopingspunten zien voor hun eigen visie. Dat komt doordat de Hoge Raad weinig eisen stelt aan het geweldsopzet. In de ogen van Knigge en Reijntjes ligt in de (door de Hoge Raad in stand gelaten) vaststelling van *delictsopzet* niet zelden een toerekeningsoordeel besloten; om tot een aanvaardbaar aansprakelijkheidsresultaat te komen wordt het opzet soms oneigenlijk ingevuld, waardoor de vaststelling van opzet de facto neerkomt op toerekening naar redelijkheid. Diezelfde kwestie – wordt in verband met medeplegen wel een eigenlijke invulling gegeven aan delictsopzet? – speelt wanneer dat opzet betrekking heeft op *strafbepalende* delictsbestanddelen. Om die reden behandel ik beide thema’s gezamenlijk in de paragrafen 5 en 6.

worden toegerekend aan de medepleger – naar aanleiding van een voorbeeld dat is toespitst op een voor de pleger *geobjectieerde* omstandigheid (het in vereniging begaan van een diefstal gedurende de voor de nachtrust bestemde tijd (art. 311 lid 1 sub 3)). Nu de medepleger in zijn ogen *nimmer* opzet hoeft te hebben op een kwalificerende omstandigheid, is het voor de pleger relevante verschil (al dan niet geobjectieerd) niet van betekenis voor de medepleger. Vgl. Knigge 2003, p. 310 jo. 313–318.

188 Zo ook Reijntjes in zijn noot (punt 2) bij HR 20 februari 2007, LJN AZ2105, NJ 2007, 263. Zie ook hoofdstuk 4, paragraaf 3.6.3.1.

3.4 Samenhangende delicten¹⁸⁹

3.4.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is in kaart gebracht in welk schuldverband de medepleger moet staan tot het grondfeit, al dan niet verzwaaard door een kwalificerend(e) omstandigheid of gevolg. Soms blijft het niet bij het uitvoeren van één feit: bij de uitvoering van de afgesproken moord op X (grondfeit), wordt ook diens metgezel Y omgelegd (samenhangend delict). Het gezamenlijk plan is betrokken op de uitvoering van het grondfeit, het samenhangende delict valt buiten dat plan. Deze situatie, waarin een mededader buiten het grondfeit om een of meer *andere* daarmee verband houdende delicten realiseert, doen zich voor in de praktijk.¹⁹⁰ De kernvraag die in deze paragraaf wordt behandeld, is in welk schuldverband de medepleger moet staan tot het samenhangende delict. Met het oog daarop worden drie zienswijzen onderscheiden, die ik achtereenvolgens in kaart breng.

3.4.2 Eerste opvatting: delictsomschrijving bepaalt schuldverband

In veel gezaghebbende bronnen wordt geen gewag gemaakt van de thematiek ‘samenhangende delicten’.¹⁹¹ De meest voor de hand liggende verklaring daarvoor is dat ook in deze gevallen de ‘gewone regels’ voor medeplegen gelden: de *bewuste en nauwe samenwerking* moet zich ook uitstrekken tot het samenhangende delict – waarbij niet is vereist dat de medepleger een rechtstreekse bijdrage levert aan dat strafbaar feit¹⁹² – terwijl het *schuldverband* wordt bepaald door de desbetreffende delictsomschrijving. Dat de hoofdregels gelden, wordt uitdrukkelijk verdedigd door Knigge. De auteur baseert die stelling op het feit dat de wetgever geen specifieke regeling heeft getroffen met betrekking tot de aansprakelijkheid voor samenhangende delicten.¹⁹³ Ik houd het ervoor dat dit de heersende opvatting is in de literatuur.

3.4.3 Tweede opvatting: aanpassing schuldverband

A-G Keijzer heeft een alternatieve benadering bepleit: de medepleger mag in een lichter schuldverband staan tot het samenhangende delict dan is vereist volgens de delictsomschrijving. De opvatting van A-G Keijzer komt tot uiting in zijn conclusie bij het arrest *NJ* 2004, 103.¹⁹⁴ In die zaak had de verdachte met drie mededaders het plan opgevat om ene Ping Tou van het leven te beroven. Gezamenlijk wachten zij het slachtoffer op bij een snookercentrum. Op een gegeven moment komt Ping Tou naar buiten, vergezeld door ene Wang Xin. Behalve Ping Tou (moord) wordt ook Wang Xin gedood (doodslag). Verdacht medeplegerschap ten aanzien van de moord op Ping Tou staat niet ter discussie: de

¹⁸⁹ Het thema is ontleend aan Knigge. Zie Knigge 2003, p. 310-311 jo. 316 (de schrijver spreekt afwisselend van ‘connexe delicten’ en ‘gevallen van meerdadse samenloop’).

¹⁹⁰ Zie bijvoorbeeld HR 14 oktober 2003, *NJ* 2004, 103; HR 17 september 2002, LJN AE6118 (Veghel).

¹⁹¹ Vgl. Noyon/Langemeijer en Rummelink, art. 47 aant. 20-29; De Hullu 2012, p. 445-448.

¹⁹² Zie paragraaf 2.4.1.2.

¹⁹³ Knigge 2003, p. 316.

¹⁹⁴ CAG Keijzer, punt 11-23 bij HR 14 oktober 2003, *NJ* 2004, 103.

bewuste en nauwe samenwerking is evenals verdachtes dodingsopzet eenvoudig af te leiden uit de gezamenlijke uitvoering van het gedeelde moordplan. Maar is vereist dat die samenwerking en dat dodingsopzet ook zijn gericht op het samenhangende delict, de door een of meer mededaders uitgevoerde doodslag op Wang Xin?

Op basis van de feiten en omstandigheden in deze zaak stelt A-G Keijzer vast dat de verdachte geen medepleger zou zijn van de doodslag op Wang Xin, als die doodslag zou worden beschouwd als een ‘zelfstandig geval’ van medeplegen.¹⁹⁵ Dat noemt hij een ‘individualistische benadering’.¹⁹⁶ Daarmee lijkt Keijzer de heersende opvatting te hebben geschetst, waarin alle gerealiseerde delicten geïsoleerd worden benaderd. De A-G stelt dat naast deze zienswijze een ‘collectivistische beschouwingswijze’ staat. In die benadering is de kernvraag of de doodslag op Wang Xin kan worden beschouwd als een overschrijding van het gezamenlijke moordplan ten aanzien van Ping Tou, waarvoor de verdachte ‘medeverantwoordelijk’ is.¹⁹⁷ In deze beschouwingswijze wordt betekenis toegekend aan de omstandigheid dat de verdachte deel uit maakt van een crimineel verband. Dat, zo begrijp ik Keijzer, maakt het verdedigbaar dat ten aanzien van het samenhangende delict lichtere aansprakelijkheidsvoorwaarden worden gesteld.¹⁹⁸

In de collectivistische benadering is niet vereist dat de medeplegers wilsovereenstemming hebben bereikt ten aanzien van het begaan van het samenhangende delict. In de ogen van Keijzer hoeft de medepleger evenmin een rechtstreeks aandeel te hebben in het begaan daarvan.¹⁹⁹ De collectivistische benadering lijkt op deze punten niet te verschillen van de heersende benadering.²⁰⁰ Het kernverschil betreft het *delictsofzet* dat wordt geëist van de medepleger. De *bijzondere invulling* die Keijzer geeft aan dat voorwaardelijk delictsofzet, wijkt materieelrechtelijk af van de invulling die in de heersende benadering wordt gegeven aan dat ofzet. Bij een eigenlijke invulling van delictsofzet is vereist dat de ‘bewustheid’ en ‘aanvaarding’ van een kwade kans moeten plaatshebben vóórdat het gevolg intreedt. Ook volgens Keijzer lijkt de medepleger zich vooraf ‘bewust’ te moeten zijn van die aanmerkelijke kans.²⁰¹ In afwijking van de eigenlijke invulling van ofzet stelt Keijzer dat de ‘aanvaarding’ van het excès ook mag plaatsvinden nádat het samenhangende delict is gepleegd.²⁰² De aanvaarding moet in dat laatste geval wel blijken uit ‘het met wetenschap van dat excès voortzetten van de tenuitvoerlegging van (...) de nauwe en bewuste samenwerking

195 Uit de vaststellingen van het hof kan in zijn ogen niet worden afgeleid dat de samenwerking, al was het maar stilzwijgend, was betrokken op het doden van Wang Xin. Zie punt 12.

196 CAG Keijzer, punt 11-13.

197 CAG Keijzer, punt 11 jo. 13.

198 Bij een collectivistische benaderingswijze ‘past het, die medeaansprakelijkheid gemakkelijker aan te nemen’. Zie CAG Keijzer, punt 13.

199 CAG Keijzer, punt 11-12 jo. 21-22.

200 Zie paragraaf 3.2 (samenwerkingsopzet) en 2.4.1.2 (eigen aandeel).

201 Vgl. CAG Keijzer, punt 21-23.

202 CAG Keijzer, punt 23.

[cursivering, AP]'.^{203/204} In de visie van Keijzer betekent voorwaardelijk opzet in dit verband dus dat de medepleger ten minste a) vooraf *wetenschap* heeft gehad van de aanmerkelijke kans dat een mededader het samenhangende delict begaat en b) dat delict achteraf *aanvaardt* door de samenwerking voort te zetten. In feite verlangt Keijzer dus dat de medepleger vooraf ten minste in een verband van bewuste schuld staat tot deze overschrijding van het gezamenlijk plan, op voorwaarde dat hij die overschrijding daarna naar buiten blijkend voor zijn rekening neemt (door de samenwerking voort te zetten).

3.4.4 Derde opvatting: geen schuldverband

Evenals Keijzer heeft Reijntjes in verschillende publicaties verdedigd dat het schuldverband waarin de medepleger moet staan tot het samenhangende delict, niet louter zou moeten worden bepaald door de toepasselijke delictsomschrijving. Reijntjes' gedachten over dit thema hebben zich in de loop der tijd ontwikkeld: het standpunt dat hij inneemt in zijn laatste publicatie, verschilt enigszins van de mening die blijkt uit eerder werk.²⁰⁵ Hieronder wordt geput uit elk van die publicaties.

Reijntjes illustreert zijn standpunt mede aan de hand van de hiervoor beschreven casus in NJ 2004, 103. In die zaak was het gezamenlijk plan enkel betrokken op het doden van Ping Tou. De schrijver leidt daaruit af dat de medepleger in die casus uitsluitend opzet heeft op de dood van deze Ping Tou. De dood van Wang Xin is louter een objectief *voorzienbaar* gevolg van de uitvoering van het gezamenlijk plan.²⁰⁶ Een en ander betekent echter niet zonder meer dat de doodslag op Wang Xin niet voor rekening kan worden gebracht van de medepleger. Voor Reijntjes is namelijk een belangrijk uitgangspunt dat de dodingshandelingen ten aanzien van Ping Tou en Wang Xin weliswaar twee afzonderlijke delicten opleveren – moord (grondfeit) en doodslag

203 CAG Keijzer, punt 23. Merk op dat in de rechtspraak het na de delictsvoltooiing voortzetten van de samenwerking louter fungeert als bewijs voor *voorafgaand* opzet; (mede) daaruit kan worden afgeleid dat de verdachte kennelijk vooraf het vereiste opzet heeft gehad. Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 1992, LJN AC0935, NJ 1992, 773, m. nt. Knigge (Overval Oirschot II).

204 Het is mij niet duidelijk wanneer er in de ogen van Keijzer sprake is van een *voortzetting* van de samenwerking. Het enkel 'aanwezig blijven' is daarvoor onvoldoende, aldus Keijzer. In dat verband verwijst Keijzer naar een door hem geciteerde Duitse zaak van het BGH (CAG Keijzer, punt 23 jo. 16). In die zaak vereist het BGH een causale bijdrage van de medepleger ('Mittäter') aan de totstandkoming van het delict. Het eisen van die bijdrage past echter niet in de opvatting van Keijzer. Immers, het samenhangende delict mag buiten de bewuste en nauwe samenwerking vallen en de aanvaarding van dat delict mag plaatsvinden *nadat* het is voltooid. Het leveren van een causale bijdrage aan het samenhangende delict kan dus geen noodzakelijke aansprakelijkheidsvoorwaarde zijn. Waar Keijzer dan wel het oog op heeft, wordt niet helder. De onzekerheid wordt verder gevoed doordat Keijzer voor de vereiste 'voortzetting' klaarblijkelijk onvoldoende acht dat de verdachte zich nadien heeft vergrepen aan eigendommen van het beoogde slachtoffer Ping Tou (CAG Keijzer, punt 24–25). Kennelijk moet de voortzetting blijken uit omstandigheden die meer gewicht in de schaal leggen. Waaraan in dat geval moet worden gedacht, nu een (wezenlijke) bijdrage aan het samenhangende delict niet is vereist, blijft in het midden.

205 Zie Reijntjes 2007 onderscheidenlijk 2004 en 2005.

206 Daarover Reijntjes 2005, p. 12 en Reijntjes 2007, p. 403 jo. 406.

(samenhangend delict) – maar dat beide delicten in wezen deel uitmaken van een ‘ondeelbaar feitencomplex’: met het begaan van beide strafbare feiten werd uitvoering gegeven aan een en hetzelfde gezamenlijk plan.²⁰⁷ Daaraan verbindt Reijntjes een rechtsgevolg. In zijn afscheidsrede stelt de schrijver, als ik het goed begrijp, dat het gebleken opzet van de medepleger op de dood van Ping Tou (grondfeit) rechtvaardigt dat de medepleger, die zijn rol ook na het gepleegde grondfeit blijft uitvoeren, ook *geacht* wordt opzet te hebben op de dood van Wang Xin (samenhangend delict).²⁰⁸ Het dodingsopzet van de mededader ten aanzien van Wang Xin wordt in dat geval *toegerekend* aan de medepleger, wiens eigen dodingsopzet inhoudelijk niet kan worden vastgesteld.²⁰⁹ Die toerekening geschiedt onder drie voorwaarden: de medepleger heeft een eigen ‘aandeel’²¹⁰ in de doodslag op Wang Xin, de dood van dat slachtoffer is ‘voorzienbaar’ en de medepleger heeft zich niet naar buiten blijkend ‘gedistantieerd’ van de dodingshandeling ten aanzien van Wang Xin.²¹¹

In zijn laatste publicatie over dit onderwerp laat Reijntjes de hiervoor beschreven toerekeningsconstructie los: het opzet van de mededader hoeft niet te worden toegeschreven aan de medepleger, want de medepleger hoeft in het geheel geen opzet te hebben op het samenhangende levensdelict.²¹² Dit standpunt baseert Reijntjes in hoge mate op de wetsgeschiedenis van medeplegen. In casus waarin de dood van het slachtoffer een *voorzienbaar* gevolg is van het gedrag van de medepleger, maar de medepleger geen dodingsopzet heeft, heeft de wetgever volgens Reijntjes waarschijnlijk de bedoeling gehad om de medepleger toch aansprakelijk te houden voor de *dood* van het slachtoffer.²¹³ Die bedoeling spreekt allereerst uit de aansprakelijkheid van de medepleger voor een door het gevolg gekwalificeerd delict: het geobjectiveerde gevolg komt voor rekening van de medepleger als deze het voorzienbare gevolg is van het optreden van de medeplegers. Het opzet van de medepleger hoeft enkel te zijn betrokken op het grondfeit. Dit is in overeenstemming met de heersende opvatting.²¹⁴

207 Zo expliciet in Reijntjes 2007, p. 403 en Reijntjes 2005, p. 12. In soortgelijke zin met betrekking tot een andere zaak: CAG Leijten bij HR 9 juni 1992, LJN AC0934, NJ 1992, 772, m. nt. Knigge (Overval te Oirschot I). Ook in deze zaak ging het realiseren van het grondfeit (overval) gepaard met het begaan van samenhangende delicten (beschietsen van politieagenten). A-G Leijten overweegt dat het ‘technisch juridisch’ om twee delicten gaat, maar dat rehtens ook van betekenis is ‘dat die feiten zakelijk en maatschappelijk een gesloten geheel vormen, zodat de intensieve samenwerking, wat betreft een dier feiten ook terugslaat op die terzake van het andere feit’. Met andere woorden: afzonderlijke delicten zouden niet noodzakelijkerwijs geïsoleerd moeten worden benaderd.

208 Vgl. Reijntjes 2005, p. 12: ‘Niet alleen waren de objectieve, uiterlijk waarneembare, kanten van Y’s [de medepleger, AP] gedrag ten opzichte van Ping en Wang gelijk, maar ook van de subjectieve wordt *aangenomen* [cursivering, AP] dat zij gelijk zijn geweest. Misschien moet dat er toe leiden om het doden van Ping en Wang niet als twee afzonderlijke gedragingen op te vatten, maar als één.’

209 Reijntjes 2005, p. 2 jo. 11-12. Al eerder verdedigd in Reijntjes 2004, p. 81-82.

210 Het is voor mij onduidelijk welke eisen Reijntjes stelt aan dat ‘aandeel’ (vgl. Reijntjes 2005, p. 1-2 jo. 11-12).

211 Reijntjes 2005, p. 12.

212 Aldus Reijntjes 2007, p. 406-409.

213 Zo Reijntjes 2007, p. 407.

214 Zie paragraaf 3.3.4.

Verrassender is dat Reijntjes voorstaat dit aansprakelijkheidskader op overeenkomstige wijze toe te passen op *doleuze gevolgsdelicten*. Reijntjes licht dat toe aan de hand van een voorbeeld dat is toegesneden op gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr). Dit delict herbergt in feite twee delicten: de doodslag staat in relatie tot een ander delict (het oorsprongsfeit). De doodslag is in de context van Reijntjes' voorbeeld het samenhangende delict. Het voorbeeld:

Stel dat twee medeplegers gezamenlijk opzet hebben op een inbraak. De medepleger weet dat zijn mededader tijdens de uitvoering daarvan een mes bij zich draagt, maar hij heeft geen opzet op het gebruik daarvan. In het kader van de inbraak doodt de mededader desondanks de bewoner met behulp van dat mes. Die mededader begaat daarmee een gekwalificeerde doodslag.

De vooronderstelling van Reijntjes is dat de wetgever de medepleger in een casus als deze aansprakelijk achtte voor de dood van het slachtoffer. De moeilijkheid is op welke wijze die aansprakelijkheid dogmatisch vorm moet krijgen. De medepleger heeft immers niet het voor (gekwaltificeerde) doodslag vereiste dodingsopzet. Zelfs mishandelingsopzet ontbreekt aan de zijde van de medepleger, waardoor de dood van het slachtoffer evenmin als geobjectiveerd gevolg van mishandeling voor rekening kan worden gebracht van de medepleger. Volgens de schrijver is er in een casus als deze sprake van een lacune in het wettelijke systeem: de bewustheid van de aanwezigheid van het mes maakt de feitelijke delictshandeling en het dodelijke gevolg daarvan objectief voorzienbaar (de wetgever wilde dus aansprakelijkheid), maar aan de eis van opzet op het aanwenden van geweld – bijvoorbeeld in de vorm van ‘mishandeling’ (art. 300 Sr) of ‘levensberoving’ (art. 288 Sr) – kan alleen worden voldaan als de opzeteis wordt uitgedaald.²¹⁵ Daartegen heeft Reijntjes bezwaar. Toch past het volgens Reijntjes bij de wettelijke regeling om in dat geval ook de medepleger aansprakelijk te houden voor gekwalificeerde doodslag ook al, en dat is het opmerkelijke punt, is diens opzet niet betrokken geweest op de dood van het slachtoffer.²¹⁶ Volgens Reijntjes zou enkel voldaan moeten zijn aan twee vereisten: er is sprake van ‘bewuste en nauwe samenwerking’²¹⁷ en de dood van het slachtoffer staat in ‘*causaal verband*’ tot die samenwerking.²¹⁸ Daarmee geldt voor medeplegen een ander schuldverband dan volgt uit de delictsomschrijving: de levensberoving is in de omschrijving van gekwalificeerde doodslag gesubjectiveerd, maar deze verwordt in de context van medeplegen tot een *geobjectiveerd* bestanddeel.

215 Reijntjes 2007, p. 407–408.

216 Reijntjes stelt hiermee een verklaring te geven van de rechtspraak, waarin het voorwaardelijk dodingsopzet van de medepleger in dergelijke gevallen wordt ‘geconstrueerd’ (Reijntjes 2007, p. 408). In werkelijkheid wordt de medepleger aansprakelijk gehouden voor ‘voorzienbare gevolgen’ van de samenwerking. De auteur wil met zijn opvatting een dogmatische vertaling geven van de reikwijdte die medeplegen heeft in de rechtspraak. Zie over die reikwijdte paragraaf 5.

217 Het is mij niet helder of Reijntjes de bewuste en nauwe samenwerking zo verstaat dat de medepleger wél een rechtstreeks aandeel moet hebben in de realisering van het samenhangende delict.

218 Reijntjes 2007, p. 408.

Toegepast op de casus in NJ 2004, 103: de medepleger is aansprakelijk voor het medeplegen van doodslag op Wang Xin (samenhangend delict), als de dood van Wang Xin in causaal verband staat tot de bewuste en nauwe samenwerking die is gericht op de moord op Ping Tou (grondfeit).

3.4.5 Tussenconclusie

In de heersende leer lijkt elk delict *geïsoleerd* te worden benaderd, in die zin dat het opzet van de medepleger moet zijn gericht op elk begaan delict. De reden die daarvoor door Knigge is gegeven, is van *technisch-juridische* aard: bij gebreke van een specifieke, andersluidende regeling dwingt het wettelijk keurslijf daartoe.

Dat is anders in de zienswijzen van A-G Keijzer en Reijntjes. Beide schrijvers verdedigen dat, afgemeten aan de aansprakelijkheid voor het grondfeit, onvolwaardig medeplegen volstaat ten aanzien van het samenhangende delict. Dat komt tot uitdrukking in het modificeren van de opzeteis (A-G Keijzer) onderscheidenlijk het objectiveren van een gesubjectieerd bestanddeel (Reijntjes). Deze alternatieve benaderingen getuigen ervan ook recht te willen doen aan de *context* waarin het strafbare feit moet worden geplaatst. Gelet op die context springen twee elementen in het oog.

Het eerste is de omstandigheid dat de medepleger zich vrijwillig committeert aan het in *groepsverband* uitvoeren van een crimineel plan. Vooral Keijzer kent daaraan betekenis toe. Mede die vrijwillige verbinding zou rechtvaardigen dat lichtere aansprakelijkheidsvoorwaarden zouden moeten worden gesteld ten aanzien van het samenhangende delict. Deze redenering wordt ook wel gevolgd in de context van de ‘joint criminal enterprise’: het vrijwillig committeren aan een ‘common purpose’ zou rechtvaardigen dat lichtere aansprakelijkheidsvoorwaarden gelden voor daarmee samenhangende delicten.²¹⁹ In hoofdstuk 3 wordt uitgebreid ingegaan op deze aansprakelijkheidsfiguur. Het tweede element van de context waarin het delict moet worden geplaatst, is dat het begaan van verschillende delicten uit maatschappelijk oogpunt soms kan worden gezien als een *gesloten geheel*. Vooral voor Reijntjes lijkt dat aspect van betekenis te zijn. In gevallen waarin een delict in sterke mate samenhangt met het gezamenlijk nagestreefde grondfeit, kan een geïsoleerde benadering van beide delicten – voor elk delict moet afzonderlijk worden vastgesteld dat de medepleger daaraan een bijdrage levert en daarmee in het vereiste schuldverband staat – geforceerd aandoen. De zoektocht naar ‘passende’ aansprakelijkheidsvoorwaarden lijkt zijn oorsprong te vinden in de wens om ook recht te doen aan de gehele context waarin de delictsuitvoering moet worden geplaatst. Zo bleek al in paragraaf 2.4.1.2 dat bewust en nauw kan zijn samengewerkt ten aanzien van een samenhangend delict, ook als de medepleger de uitvoering daarvan volledig overlaat aan de mededader. In paragraaf 5 en 6

²¹⁹ Keijzer verwijst expliciet naar de joint criminal enterprise. Zie CAG Keijzer, punt 17 en 22 bij HR 14 oktober 2003, NJ 2004, 103. In zijn afscheidsrede zoekt ook Reijntjes uitdrukkelijk aansluiting bij deze aansprakelijkheidsgrond (zie Reijntjes 2005, p. 13). In zijn laatste publicatie leunt Reijntjes primair op de wetsgeschiedenis van medeplegen.

zal blijken dat in de rechtspraak óók een ruime invulling wordt gegeven aan het vereiste *delictopzet*. Met het oog daarop verwondert het niet dat Reijntjes diezelfde rechtspraak over samenhangende delicten opvat als ondersteuning voor zijn zienswijze; de rechter verklaart bewezen dat de medepleger opzet heeft gehad op het samenhangende delict, maar in werkelijkheid wordt de medepleger aansprakelijk gehouden voor ‘voorzienbare gevolgen’ van de samenwerking.²²⁰

3.5 Besluit

In deze paragraaf is in de context van het schuldverband de figuur medeplegen in vergelijkend perspectief geplaatst met de indirecte deelnemers (de uitlokker en medeplichtige). Dat schuldverband heeft betrekking op twee zaken: de deelnemingsgedraging en de delictsomschrijving.

Van alle deelnemers wordt opzet op de *deelnemingsgedraging* vereist. Het ligt in de rede te eisen dat alle medeplegers beseffen dát wordt samengewerkt met een ander. Medeplegen onderscheidt zich van de overige deelnemingsvormen door het wederkerige karakter dat de deelnemingsgedraging heeft. Ook met betrekking tot de *delictsbestanddelen* wijkt het schuldverband voor medeplegen af van dat voor de indirecte deelnemer. In de heersende opvatting bepaalt enkel de delictsomschrijving het schuldverband voor de medepleger; wordt een bestanddeel krachtens die omschrijving door opzet bestreken, dan moet elke medepleger afzonderlijk dat delictopzet hebben. Verschil van opvatting bestaat ten aanzien van het te vereisen schuldverband voor het medeplegen van een overtreding. Voor indirecte deelnemers geldt een ander uitgangspunt: uit de wetsgeschiedenis volgt de hoofdregel dat deze deelnemers in beginsel opzet moeten hebben op elk delictsbestanddeel. In de literatuur bestaat geen overeenstemming over deze kwestie. In de heersende opvatting hoeft geen van de deelnemers opzet te hebben op de mens rea van de pleger of mededader.

De categorie ‘strafverzwarende omstandigheden’ is in deze paragraaf onderverdeeld in ‘kwalificerende gevolgen’ en ‘kwalificerende omstandigheden’. *Kwalificerende gevolgen* zijn geobjectiveerd voor pleger en deelnemer. Verschil van inzicht bestaat ten aanzien van de kwestie of de deelnemer ook aansprakelijk is voor een kwalificerend gevolg, wanneer de pleger/mededader dat gevolg opzettelijk veroorzaakt. Op basis van het geldende recht wordt een medepleger in dat geval aansprakelijk gehouden voor dat kwalificerend gevolg. Ter bepaling van het schuldverband ten aanzien van *kwalificerende omstandigheden* heeft de wetgever enkel onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte deelnemers. Aan het verschil in ‘type’ en de ‘strafwaardigheid’ van een bijzondere omstandigheid werd in dat verband geen betekenis toegekend. De wetgever eiste van indirecte deelnemers ‘opzet’ op de kwalificerende omstandigheid, voor directe deelnemers werd geen schuldverband vereist. Een onverkorte aansprakelijkheid van de directe deelnemer – in de gedaante van de medepleger – wordt tegenwoordig als onwenselijk ervaren, in ieder geval in verband met het delict ‘diefstal met geweld’. Over de wijze waarop de aansprakelijkheid van de medepleger moet

220 Zie Reijntjes 2007, p. 406–409.

worden ingedamd, bestaat verschil van opvatting. In het geldende recht lijkt opzet te worden geëist ten aanzien van het kwalificerend ‘geweld’. Reijntjes meent dat het bewijs van opzet is geleverd wanneer dat geweld voorzienbaar is. Knigge is van oordeel dat de medepleger aansprakelijk is voor een kwalificerende omstandigheid, als die omstandigheid redelijkerwijs aan de medepleger kan worden toegerekend. De voorzienbaarheid van de vervulling van de kwalificerende omstandigheid is in dat verband een belangrijk gezichtspunt. Doordat het delictsoptzet in het geldende recht ruim wordt ingevuld – zie paragraaf 5 en 6 – liggen de resultaten waartoe de drie zienswijzen voeren in feite dicht tegen elkaar aan.

Een *samenhangend delict* is een delict dat valt buiten het gezamenlijk plan dat de medeplegers hebben, terwijl dat strafbare feit samenhangt met het begaan van het grondfeit waarop dat plan wél is betrokken. In de literatuur wordt deze categorie zaken doorgaans niet afzonderlijk benoemd. De heersende leer lijkt te zijn dat voor elk delict dat wordt begaan, afzonderlijk moet worden vastgesteld dat de bewuste en nauwe samenwerking zich daartoe uitstrekt én dat de medepleger het door de delictsomschrijving vereiste opzet heeft. Keijzer en Reijntjes hebben de aandacht gevestigd op alternatieve benaderingen. Keijzer verdedigt een visie waarin een bijzondere invulling wordt gegeven aan de opzeteis voor het medeplegen van een samenhangend delict. Reijntjes laat die opzeteis volledig los.

4 Afwijkingen tussen het gepleegde feit en het door de deelnemer voorgestelde feit

4.1 Inleiding

In paragraaf 3 is het voor deelneming vereiste schuldverband in kaart gebracht. Het thema ‘samenhangende delicten’ uitgezonderd, is bij die beschrijving uitgegaan van het standaardtype van deelneming: de pleger en deelnemer hebben opzet op *hetzelfde* delict. Dat is echter geen vanzelfsprekendheid. Er kunnen gemakkelijk verschillen optreden tussen het door de pleger gepleegde grondfeit en het door de deelnemer beoogde feit. Zo kan het grondfeit in *juridisch* opzicht afwijken van wat de deelnemer beoogde: bijvoorbeeld wanneer een doodslag wordt gepleegd, waar slechts mishandeling was beoogd. Ook denkbaar zijn *feitelijke* afwijkingen tussen gepleegd en beoogd delict: de pleger mishandelt B, terwijl de deelnemer de mishandeling van A beoogde. Of: de pleger mishandelt A door een stokslag, terwijl de deelnemer mishandeling door een vuistslag beoogde. Daarnaast kan de afwijking *zowel juridisch als feitelijk* van aard zijn: de pleger begaat een doodslag door een welgemikte stokslag, waar de deelnemer een ‘vuistslagmishandeling’ voor ogen had. In geval van afwijkingen als hierboven beschreven, is het telkens de vraag of de deelnemer aansprakelijk is voor (een deel van) het afwijkende delict dat is gepleegd. Met andere woorden: kan dat afwijkende delict als grondslag dienen voor de aansprakelijkheid van de deelnemer?

In paragraaf 4.2 wordt beschreven op welke wijze deze kwestie in de heersende leer wordt benaderd. Een belangrijk kenmerk van die benadering is

dat alle deelnemers over één kam worden geschoren. Dat uitgangspunt is niet onomstreden. Knigge meent dat in de heersende opvatting het verschil tussen directe en indirecte deelnemers onvoldoende tot uitdrukking wordt gebracht. Dat verschil ligt aan de basis van zijn alternatieve aansprakelijkheidsmodel. Dat model wordt in paragraaf 4.3 beschreven. Ik besluit met een samenvatting.

4.2 De heersende benadering

In de heersende opvatting worden alle deelnemers op gelijke voet behandeld, in die zin dat voor alle geldt dat zij *opzet* moeten hebben op het – in beginsel gehele – *gepleegde delict* (het grondfeit).²²¹ Die opzeteis houdt in dat het opzet van de deelnemer zich uitstrekt tot a) de verwezenlijkte delictsbestanddelen die in de delictsommschrijving door het opzet worden bestreken²²² en b) op zekere hoogte de vervullingswijze van die bestanddelen.²²³ Het is lastig om de vinger te krijgen achter de ratio van die opzeteis. Het lijkt erop dat het stellen van deze eis min of meer als een vanzelfsprekendheid wordt ervaren, omdat die eis geacht wordt in het verlengde te liggen van het accessoriteitsvereiste; het delict dat de deelnemer beoogde, moet door de pleger worden verwezenlijkt.²²⁴ Gevallen waarin het gepleegde grondfeit in juridisch en/of feitelijk opzicht afwijkt van wat de deelnemer voor ogen had, worden in de heersende opvatting dan ook ‘opgelost’ in de sleutel van het vereiste opzet op het grondfeit.

4.2.1 Ruime invulling van het opzet op het grondfeit

In het heersende rechtsgevoel lijkt het al snel redelijk te worden gevonden om een afwijkende uitvoering door de pleger voor rekening te laten komen van de deelnemer.²²⁵ Boud gesteld: wie een ander het vuile werk laat doen, moet opdraaien voor de gevolgen daarvan. Dit rechtsgevoel werkt in de hand dat een *ruime invulling* wordt gegeven aan het vereiste opzet op het grondfeit. Die ruime invulling spreekt uit de heersende opvatting – die ligt besloten in de rechtspraak en in de literatuur wordt vertolkt door De Hullu – die als belangrijk uitgangspunt heeft dat in het bewezen verklaren van het opzet van de deelnemer, een *toerekeningsaspect* besloten ligt:

221 Aldus bijvoorbeeld De Hullu 2012, p. 427; De Jong 2007, p. 117-121.

222 De vraag of het opzet *daarnaast* op andere delictsbestanddelen moet zijn gericht, wordt per deelnemingsvorm verschillend beantwoord (zie paragraaf 3.3). Die kwestie is irrelevant voor de thematiek die in deze paragraaf wordt besproken.

223 In die zin bijvoorbeeld De Hullu 2012, p. 427-428; De Jong 2007, p. 117-121.

224 Zo begrijp ik De Hullu 2012, p. 422 jo. 427: de betrokkenheid van de deelnemer is pas strafbaar *als* er een grondfeit is verwezenlijkt (accessoriteit), terwijl het vereiste opzet op dat feit de aansprakelijkheid van de deelnemer begrenst (opzetvereiste). Zo ook De Jong 2007, p. 118 (de opzeteis houdt ‘kennelijk’ verband met de accessoriteitseis).

225 In brede kring wordt onderkend dat aspecten van toerekening een rol moeten spelen bij de bepaling van de deelnemingsaansprakelijkheid voor opzetsdelicten. Zo bijvoorbeeld De Hullu 2012, p. 221-223 en 427-431; De Jong 2007, p. 120; Reijntjes 2005, p. 2; Knigge 2003, p. 320-321.

‘Opzet kan zich uitstrekken tot omstandigheden die het gevolg zijn van het in gang zetten van gebeurtenissen, ook al is niet direct beoogd wat daarbij uiteindelijk precies is gebeurd. Nogal wat acties laten zich niet helemaal in de hand houden, maar een iets andere gang van zaken wordt dan, juridisch gezien, toch “aanvaard”. (...) Een wat andere afloop en invulling van het grondfeit dan de deelnemer voor ogen stonden, zitten in de rol van deelnemer en dus in zijn opzet ingebakken.’²²⁶

Het citaat illustreert al min of meer dat die toerekeningscomponent (deels) verholen mag blijven. Dat beeld wordt bevestigd door rechtspraak over het delictsoptzet van de deelnemer. Bij de vaststelling van het opzet op delictsbestanddelen en de *vervullingswijze* daarvan, lijken *normatieve oordelen* op de achtergrond een rol te spelen: dat het toerekenen van het delict of de specifieke vervullingswijze daarvan redelijk voorkomt, lijkt een heimelijk argument voor het bewezen verklaren van het opzet daarop. Dit maakt dat die jurisprudentie soms moeilijk te doorgronden is. In verband met medeplegen wordt een greep uit die rechtspraak geanalyseerd in de paragrafen 5 (bestanddelen) en 6 (vervullingswijze van die bestanddelen).

4.2.2 Opzet op een deel van het grondfeit

Er doen zich gevallen voor waarin het opzet van de deelnemer *niet* is gericht op het gepleegde grondfeit. Het schoolvoorbeeld in dat verband is dat de pleger een doodslag begaat, in plaats van²²⁷ de door de deelnemer beoogde mishandeling. In de literatuur wordt vaak volstaan met dergelijke onproblematische voorbeelden, waarin het grondfeit telkens in een ‘meer-minder-verhouding’ staat tot het feit waarop het opzet van de deelnemer is betrokken. In die voorbeelden lijken twee vooronderstellingen door te schemeren. De eerste is dat het delictsoptzet van pleger en deelnemer ‘enigszins mag uiteenlopen’, maar dat dit opzet een *gemeenschappelijke kern* moet hebben; die gezamenlijke kern is aanwezig bij dodingsopzet (pleger) en mishandelingsopzet (deelnemer), maar deze ontbreekt wanneer de deelnemer in een dergelijk geval uitsluitend opzet heeft gehad op diefstal.²²⁸ De tweede vooronderstelling lijkt te zijn dat het door de deelnemer beoogde delict moet zijn *gerealiseerd*. Ook in het schoolvoorbeeld is de door de deelnemer beoogde mishandeling (minder) immers verwezenlijkt.

In een geval als het schoolvoorbeeld worden de deelnemers in de heersende leer enkel aansprakelijk gehouden voor het ‘deel’ van het grondfeit waarop hun

226 De Hullu 2012, p. 221 jo. 428.

227 Het voorbeeld ziet niet op gevallen waarin de doodslag *volgt* op de mishandeling (de pleger mishandelt het slachtoffer eerst en slaat het slachtoffer daarna dood). Het voorbeeld ziet juist op gevallen waarin de gedraging dezelfde is als beoogd door de deelnemer (bijvoorbeeld een vuistslag), maar enkel het *opzet op het delictsgevolg* verschilt, terwijl het slachtoffer door die handeling wordt gedood (de deelnemer beoogde een vuistslagmishandeling, de pleger droeg echter kennis van het zwakke gestel van het slachtoffer en bracht de vuistslag met dodingsopzet toe).

228 Zie De Hullu 2012, p. 430. Wanneer het grondfeit ‘totaal’ verschilt van het door de deelnemer beoogde – zoals bij diefstal tegenover brandstichting of doodslag – dan kan het grondfeit niet meer als basis dienen voor de aansprakelijkheid van de deelnemer. De deelneming is dan mislukt.

opzet is betrokken. Bij uitlokking en medeplichtigheid volgt dat uit de wet (art. 47 lid 2 en 49 lid 4 Sr).²²⁹ De aansprakelijkheidsregel voor uitlokken wordt op overeenkomstige wijze toegepast op medeplegen en doen plegen.²³⁰ Deze (analoge) toepassing van de aansprakelijkheidsregel maakt dat alle deelnemers in het voorbeeld aansprakelijk zijn voor slechts een deel van het grondfeit (mishandeling²³¹), niet voor het geheel (doodslag).²³² In de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van medeplichtigheid deden zich tot voor kort enkel gevallen voor die zich typeerden door deze meer-minder-verhouding. Uit deze rechtspraak volgt bijvoorbeeld dat de medeplichtige aansprakelijk is voor het deel ‘doodslag’ (minder) van ‘moord’ (grondfeit)²³³ of het deel ‘diefstal met geweld’ (minder) van het grondfeit ‘gekwatificeerde doodslag’ (grondfeit)²³⁴. In een recent arrest blijkt dat de Hoge Raad bereid is veel verder te gaan. Dat arrest wordt behandeld in paragraaf 4.3.3.

In de (feiten)rechtspraak over *medeplegen* komt een meer-minder verhouding – het delictsoptzet van medeplegers loopt enigszins uiteen – naar mijn indruk nauwelijks voor; in de bewezenverklaring en kwalificatie wordt doorgaans tot uitdrukking gebracht dat medeplegers gezamenlijk opzet hebben op het gehele grondfeit.²³⁵ Ook kan het zijn dat de persoon met wie wordt samengewerkt, in het geheel geen delictsoptzet heeft: de een werkt samen om het slachtoffer op te lichten (art. 326 Sr), de ander heeft noch oplichtingsopzet noch opzet op enig ander delict. In het geldende recht lijkt in deze situatie geen sprake te zijn van medeplegen: alleenstaand medeplegerschap²³⁶ – naast de medepleger staat iemand die zelf geen medepleger is – lijkt in de jurisprudentie niet te worden erkend.²³⁷

229 Uit die bepalingen volgt dat de uitlokker een van de pleger afwijkende kwalificatie krijgt (tweede materiële vraag), terwijl de medeplichtige de kwalificatie van de pleger volgt. Het beperktere opzet van de medeplichtige wordt pas verdisconteerd bij de strafoplegging (vierde materiële vraag).

230 Zo De Hullu 2012, p. 429–430 jo. 448 en 457; De Jong 2007, p. 120.

231 Er wordt verschillend gedacht over de vraag of de deelnemer ook aansprakelijk is voor het kwalificerend gevolg van mishandeling (de dood van het slachtoffer). Zie paragraaf 3.3.4.

232 De Hullu 2012, p. 429–431 jo. 448 (toegepast op medeplegen).

233 HR 2 oktober 2007, LJN BA7932, NJ 2007, 553.

234 HR 27 oktober 1987, 1988, LJN AD0021, NJ 1988, 492, m. nt. Mulder.

235 Zie bijvoorbeeld de oordelen van gerechtshoven in HR 16 december 2008, LJN BG2139 jo. BG2140 jo. BG 2146; HR 25 november 2008, LJN BF3310; HR 19 september 2002, LJN AE6118 (Veghel) en HR 8 mei 2001, LJN AB1472, NJ 2001, 480 (Bacchus) jo. LJN AB1473. Het komt mij voor dat gevallen waarin aan medeplegers een verschillend schuldverwijt wordt gemaakt vanwege uiteenlopend delictsoptzet, uitzonderlijk zijn. Zie in dat verband de beslissingen van de feitenrechter in HR 4 mei 1993, DD 93.400 jo. DD 93.401 en CAG Knigge, punt 6 bij HR 17 november 2009, LJN BJ7262. In beide zaken bestempelde de feitenrechter de mededader tot *pleger* van gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr) en zijn kompaan tot *medepleger* van diefstal met geweld de dood ten gevolge hebbende (art. 312 lid 3 Sr). In beide zaken werd de kwestie van uiteenlopend opzet in cassatie niet aan de orde gesteld.

236 Zie over dit thema Postma 2009.

237 Zie HR 6 december 2005, LJN AU2246, NJ 2007, 455. Het draait in deze zaak om de oplichting van een bank in het kader van een hypotheekaanvraag. Het hof heeft in zijn bewijsmotivering uitdrukkelijk de mogelijkheid opengelaten dat de verdachte met slechts één ander betrokken was bij

4.3 Het alternatieve aansprakelijkheidsmodel van Knigge²³⁸

4.3.1 Aanleiding

Een aantal schrijvers, waaronder Knigge, maakt bezwaar tegen de ruime invulling die in de rechtspraak wordt gegeven aan het opzet van de deelnemer op het grondfeit; toerekeningsoordelen worden niet zichtbaar gemaakt, maar zijn verpakt in een opzetredenering.²³⁹ Knigge spreekt in dat verband over de ‘plamuurfunctie’ van het voorwaardelijk opzet. Daarmee bedoelt hij dat afwijkingen tussen het door de deelnemer beoogde en het door de pleger begane delict lijken te worden toegedekt, doordat ook in die gevallen opzet op het gepleegde feit wordt bewezenverklaard.²⁴⁰ Het ‘feitelijke oordeel’ (bewijs van opzet) is in die gevallen wellicht een verholen ‘normatief oordeel’ (het wordt rechtvaardig gevonden om die afwijking voor rekening te laten komen van de deelnemer).²⁴¹ De consequentie daarvan is dat enerzijds het opzet een oneigenlijke inhoud kan krijgen – namelijk wanneer het de rechter niet zozeer lijkt te gaan om wat de deelnemer ‘wist’ en ‘wilde’, maar vooral om wat in zijn ogen redelijkerwijs is toe te rekenen aan die deelnemer – en anderzijds dat in het midden blijft op basis van welke criteria de deelnemer aansprakelijk wordt gehouden.²⁴²

Dit vooral begripsmatige bezwaar – het opzet wordt op oneigenlijke wijze ingevuld – is een uitvloeisel van Knigges fundamentele kritiek. In de heersende leer hebben normatieve oordelen een plaats bij de vaststelling van dat opzet, omdat de gedachte is dat *alle* deelnemers opzet moeten hebben op het *gepleegde* grondfeit. Die eis zou verband houden met de vooronderstelling dat het door de deelnemer beoogde delict verwezenlijkt moet zijn.²⁴³ Dat is de kleur die in de heersende opvatting aan de *accessoriteitseis* wordt gegeven, ongeacht de deelnemingsvorm. Knigge keert zich tegen die uniforme inkleuring van de accessoriteitseis. In zijn ogen maakt de heersende opvatting onvoldoende onderscheid tussen directe (medeplegers en doen pleger) en indirecte deelnemers

die oplichting, terwijl bij die ander het opzet ontbrak dat wordt geëist in art. 326 Sr. Toch veroordeelt het hof de verdachte voor het *medeplegen* van oplichting. De Hoge Raad casseert: ‘(...) voor medeplegen is in het onderhavige geval nodig de bewuste samenwerking van beiden gericht op het begaan van de tenlastegelegde oplichting.’ Uitgebreider over deze casus Postma 2009. Het bijzondere van deze zaak is dat de feitenrechter daadwerkelijk *vaststelde* dat bij de ander het delictopzet ontbrak. Daaruit mag niet de conclusie worden getrokken dat medeplegen *bewijs* vereist van de aanwezigheid van delictopzet bij de ander, zo maakt de Hoge Raad duidelijk in HR 6 maart 2012, LJN BQ8596, NJ 2012, 176, r.o. 5.6.

238 Zie Knigge 2003.

239 Zo bijvoorbeeld De Jong 2009b, p. 155; Reijntjes 2005, p. 2; Knigge 2003. De Hullu heeft daarmee minder moeite. Zie De Hullu 2012, p. 221-223 en 427-431.

240 Knigge 2003, p. 292.

241 Knigge 2003, p. 294.

242 Vgl. Knigge 2003, p. 291-296. Zie ook p. 320: ‘Als feitelijke vaststelling en toerekening ineenvloeien, wordt het bewijzen van opzet een ondoorzichtig en ongrijpbaar gebeuren. Onduidelijk wordt welke feitelijke voorwaarden moeten zijn vervuld wil er toegerekend kunnen worden.’

243 Zie paragraaf 4.2.

(uitlokker en medeplichtige). Volgens Knigge heeft het accessoriteitsvereiste voor de directe deelnemers een andere kleur en betekenis dan voor de indirecte. Dat heeft, zo zullen we hieronder zien, belangrijke consequenties voor het te eisen opzet van de deelnemer: de directe deelnemer zal ook in Knigges model opzet moeten hebben op het *gepleegde* grondfeit, de indirecte deelnemer *niet*.

Het aansprakelijkheidsmodel van Knigge moet tegen de achtergrond van het hierboven beschreven begripsmatige bezwaar en zijn fundamentele, dogmatische kritiek worden gezien. De schrijver probeert op het terrein van de deelneming waar mogelijk ‘feitelijke voorwaarden’ voor aansprakelijkheid en ‘aspecten van toerekening’ van elkaar te scheiden.²⁴⁴ In die zin is zijn model te begrijpen als een poging om te *expliceren* wat in de heersende leer en rechtspraak *impliciet* gebeurt.

4.3.2 De betekenis van de accessoriteitseis

Knigges aansprakelijkheidsmodel bouwt voort op het onderscheid tussen directe en indirecte deelneming; directe deelnemers (de doen pleger en medeplegers) komen in plaats van de pleger, terwijl naast indirecte deelnemers (uitlokker en medeplichtige) per definitie anderen staan (de pleger, doen pleger of medeplegers). Gedacht vanuit deze onderscheiding kan volgens de schrijver worden begrepen dat het accessoriteitsvereiste voor beide categorieën deelnemers een verschillende betekenis heeft.²⁴⁵

Volgens Knigge heeft het accessoriteitsvereiste voor de *directe deelnemers* geen ‘zelfstandige betekenis’. Deze deelnemers komen in plaats van de pleger: net als de pleger is de directe deelnemer immers pas strafbaar *op voorwaarde* dat een grondfeit²⁴⁶ is verwezenlijkt. De aansprakelijkheid van de directe deelnemers is rechtstreeks gerelateerd aan de delictsomschrijving die zij vervullen.²⁴⁷ Toegespitst op medeplegen: medeplegen veronderstelt dat het door de medepleger beoogde feit daadwerkelijk is gerealiseerd. Het spreekt dan vanzelf dat de medepleger opzet moet hebben op het gepleegde grondfeit. Dat heeft twee consequenties. In de eerste plaats is het onoverkomelijk dat juridische en feitelijke afwijkingen – de ene medepleger doet kort gezegd iets anders dan de andere beoogde – in verband met medeplegen (mede) verworden tot *opzetvraagstukken*.²⁴⁸ In de tweede plaats is een analoge toepassing van art. 47 lid 2 Sr niet nodig om de aansprakelijkheid van de directe deelnemers te beperken. Die beperking van de aansprakelijkheid volgt al uit het uitgangspunt dat de medepleger wat betreft de

244 Vgl. Knigge 2003, p. 296.

245 Zie Knigge 2003, p. 296–297 jo. 309.

246 Daaronder begrepen de voorbereiding daarvan of poging daartoe. Zie paragraaf 2.3.2.

247 Vgl. Knigge 2003, p. 297.

248 Knigge 2003, p. 309 jo. 320–321. Zie hierover paragraaf 4.3.4. De enige uitzondering betreft de aansprakelijkheid voor kwalificerende omstandigheden. Daarvoor geldt in de ogen van Knigge geen opzetis. Voor deze categorie zou volgens Knigge de redelijke toerekening als maatstaf moeten dienen. Wat betreft de kwalificerende omstandigheid ‘geweld’ in de zin van art. 312 Sr, wijkt dit standpunt af van het geldende recht. Zie daarover paragraaf 3.3.5.3.

subjectieve bestanddelen moet worden behandeld gelijk de pleger.²⁴⁹ Als bij de medepleger het door de delictsomschrijving vereiste opzet ontbreekt, dan kan hij al om die reden niet als medepleger aansprakelijk worden gehouden voor dat delict.

Voor *indirecte* deelnemers heeft de accessoriteitseis wél zelfstandige betekenis. Naast de indirecte deelnemer staat immers altijd een pleger die een delictsomschrijving vervult. De indirecte deelnemer neemt daarmee een ‘eigen, afgescheiden positie [in] ten opzichte van de pleger’. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de strafbaarstelling van mislukte uitlokking (art. 46a Sr): de uitlokker is op basis van zijn deelnemingshandeling al strafbaar, dus *onafhankelijk* van de eventuele realisering van een grondfeit. De strafbaarheid op basis van een aan de deelnemingshandeling gerelateerd grondfeit, ziet Knigge als een aanvullende, ‘specifieke aansprakelijkheidsgrondslag’.²⁵⁰ In de heersende opvatting lijkt die grondslag zo te worden begrepen dat het door de deelnemer beoogde feit moet zijn *verwezenlijkt*. De consequentie daarvan is het stellen van de eis dat de deelnemer opzet heeft op het *gepleegde* feit. Dan pas is er sprake van accessoriteit.²⁵¹ Een kardinaal punt in Knigges redenering is dat hij meent dat die invulling van ‘accessoriteit’ niet vanzelfsprekend is, maar dat het een (rechtspolitieke) keuze betreft waarover verschillend kan worden gedacht.²⁵² Knigge benut de door hem veronderstelde ruimte om de accessoriteitseis anders in te vullen dan in de heersende opvatting gebruikelijk is. Deze eis heeft in de ogen van de schrijver een aansprakelijkheids*beperkende* betekenis: de accessoriteitseis beperkt de aansprakelijkheid tot delicten die *in voldoende mate corresponderen* met wat de indirecte deelnemer bij het verrichten van zijn deelnemingshandeling voor ogen stond.²⁵³ Daarmee laat Knigge de eis los dat het opzet van deze deelnemers gericht moet zijn op het grondfeit. Juridische en feitelijke verschillen tussen het gepleegde en het door de deelnemer beoogde feit, leveren volgens Knigge een *accessoriteitsvraagstuk* op: komt het gepleegde delict in voldoende mate overeen met het delict dat de indirecte deelnemer voor ogen stond?²⁵⁴

4.3.3 Het aansprakelijkheidsmodel voor indirecte deelnemers

Die breuk met de heersende opvatting maakt dat volgens Knigge een ander model moet gelden. Het door de auteur voorgestane model behelst drie vragen.²⁵⁵ De eerste betreft de vraag naar het *opzet van de deelnemer*. In dat verband is vereist dat de deelnemer opzet heeft op *een* strafbaar feit (voor de medeplechtige

249 Knigge 2003, p. 315.

250 Knigge 2003, p. 309.

251 Zie paragraaf 4.2.

252 Knigge 2003, p. 297.

253 Knigge 2003, p. 297. In dat verband kan een te ‘stringente invulling’ van de mate waarin het gepleegde met het beoogde delict moet overeenstemmen – bijvoorbeeld door te eisen dat beiden identiek zijn – leiden tot ‘onbevredigende resultaten’, aldus Knigge (p. 299).

254 Hiervoor bleek dat deze afwijkingen in de heersende opvatting daarentegen een *opzetvraagstuk* opwerpen: heeft de deelnemer opzet gehad op het gepleegde feit?

255 Zie Knigge 2003, p. 301.

moet dat een misdrijf zijn). De tweede is de *accessoriteitsvraag*: het gepleegde feit mag niet wezenlijk afwijken van het feit waarop de deelnemer opzet had. Bij identiteit tussen het door de deelnemer beoogde en het uiteindelijk gepleegde delict of bij niet-wezenlijke verschillen daartussen, is er in de ogen van Knigge sprake van voldoende correspondentie. Daarmee is niet gezegd dat de uitlokker of medeplichtige aansprakelijk is voor het gehele gepleegde feit. De derde vraag ziet namelijk op gevallen waarin de pleger verder gaat dan de deelnemer beoogde: in die gevallen is het de vraag of er reden is voor *toepassing van art. 47 lid 2 respectievelijk art. 49 lid 4 Sr*, zodat bij de kwalificatie (uitlokker) of het op te leggen strafmaximum (medeplichtige) het ‘beperkte opzet’ wordt verdisconteerd.

Het verschil in aard tussen uitlokking en medeplichtigheid werkt door in de accessoriteitseis.

Voor de *uitlokker* is volgens Knigge beslissend of het gepleegde feit het *gevolg* is van de opzettelijke uitlokking. Dat vereiste causaliteitsverband zou moeten worden ingevuld conform de *leer van de redelijke toerekening*: is het redelijk om het gepleegde feit als gevolg van de opzettelijke uitlokkingshandeling(en) aan de uitlokker toe te rekenen?²⁵⁶ De toerekening mag in de ogen van Knigge ruim uitvallen, omdat beperkter opzet kan worden verdisconteerd door toepassing van art. 47 lid 2 Sr.²⁵⁷ Het causaliteitsverband ontbreekt in de ogen van Knigge als ‘het *resultaat* – de uiteindelijke rechtsgoedkrenking – in juridisch en feitelijk opzicht totaal anders is dan wat werd beoogd’.²⁵⁸

Ingeval van *medeplichtigheid* is er volgens Knigge nog eerder sprake van accessoriteit.²⁵⁹ De rechtvaardiging daarvoor vindt de schrijver in de grond van zijn aansprakelijkheid: de medeplichtige heeft ‘zich opzettelijk (...) verbonden met de criminele onderneming van een ander’.²⁶⁰ Dat de medeplichtige zich

256 Zie Knigge 2003, p. 301-307, i.h.b. 304. Hoewel ook in Knigges model de gerichtheid van het opzet van de uitlokker – ‘wat hij gewild en geweten heeft, wat hij voorzien heeft en waarmee hij rekening heeft gehouden’ – een belangrijke toerekeningsfactor is, spelen daarnaast ‘objectieve factoren’ een rol.

257 Knigge wijst in dat verband op de concreetheid van de instructies; hoe ‘globaler de opdracht’ is, hoe meer reden er is om een onvoorziene gang van zaken aan de uitlokker toe te rekenen. Die ruime toerekening maakt dat fouten en vergissingen van de uitgelokte of gedragingen van die uitgelokte naar aanleiding van omstandigheden die voor de uitlokker wellicht onvoorzien zijn geweest, niet snel in de weg zullen staan aan toerekening: ‘Zolang de uitgelokte handelde ter uitvoering van het plan dat de uitlokker had, zolang zijn streven erop was gericht het door de uitlokker begeerde resultaat te verwezenlijken, zolang is er weinig reden om het causale verband tussen de uitlokking en het gepleegde feit te ontkennen. Eigenzinnig optreden van de uitgelokte maakt dat (...) niet direct anders.’ Zie Knigge 2003, p. 306.

258 Knigge 2003, p. 307. Als voorbeeld van een totaal anders juridisch feit noemt Knigge het verkrachten in plaats van het bestelen van het slachtoffer, waartoe is uitgelokt. Van een wezenlijk andere feitelijke toedracht is bijvoorbeeld sprake als de uitgelokte niet persoon A doodt, waartoe hij is uitgelokt, maar ‘iemand aan wie hij zelf een hekel heeft’.

259 Knigge 2003, p. 307-309.

260 Knigge 2003, p. 307. Knigge vergelijkt de positie van de medeplichtige voorzichtig met de deelnemer aan een criminele organisatie (art. 140 Sr); beiden zijn geen daders van de gepleegde delicten, maar ontlonen hun strafbaarheid aan het feit dat ze de dader bijstaan respectievelijk zich inlaten met de criminele organisatie. Die van de uitlokker afwijkende aansprakelijkheidsgrondslag komt terug in art.

daarbij aansluit, maakt dat ‘eigengereid optreden’ van laatstgenoemde nog minder dan bij uitlokking in de weg staat aan toerekening.²⁶¹

Het arrest *NJ* 2011, 342²⁶² kan bevredigend worden verklaard vanuit Knigges aansprakelijkheidsmodel. In deze zaak heeft het hof vastgesteld dat de medeplichtige een mes had gegeven aan de pleger met het opzet op het bedreigen van twee personen (art. 285 Sr). De pleger bracht beide slachtoffers echter messteken toe. Uit de overwegingen van het hof is niet met zekerheid af te leiden of de slachtoffers voorafgaande aan het geweld zijn bedreigd met het mes.²⁶³ De medeplichtige wordt veroordeeld voor medeplichtigheid aan een poging tot doodslag en een poging tot zware mishandeling. In een van de cassatiemiddelen wordt bestreden dat het opzet van de medeplichtige was gericht op een ‘deel’ van het grondfeit; de bestanddelen van bedreiging worden immers niet omvat door die van doodslag of zware mishandeling. De Hoge Raad acht dat middel ongegrond:

‘dat ingeval het (voorwaardelijk) opzet van de medeplichtige niet (volledig) was gericht op het gronddelict, het misdrijf waarop het opzet van de medeplichtige wel was gericht, *voldoende verband moet houden met het gronddelict* [cursivering, AP]. Of van een dergelijk verband sprake is, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Een algemene regel daaromtrent laat zich dus bezwaarlijk formuleren. Nochtans zal doorgaans kunnen worden aangenomen dat dit verband bestaat indien het misdrijf waarop het (voorwaardelijk) opzet van de medeplichtige was gericht, een onderdeel vormt van het gronddelict, zoals het geval is bij een misdrijf dat is begaan onder strafverzwarende omstandigheden. Maar ook in andere gevallen, waarbij zowel de aard van het gronddelict als de aard van de gedraging van de medeplichtige en de overige omstandigheden van het geval van belang zijn, kan sprake zijn van een dergelijk verband.’²⁶⁴

Uit dit arrest kan voorzichtig worden opgemaakt dat een meer-minder-verhouding tussen het grondfeit en het feit waarop het opzet van de medeplichtige was betrokken, niet wordt geëist. Niet vereist lijkt te zijn dat laatstgenoemd feit is verwezenlijkt. In dat geval is deze rechtspraak eenvoudiger te verklaren vanuit Knigges benadering – verdedigbaar is immers dat doodslag/

49 lid 4 Sr; de medeplichtige verbindt zich aan de pleger, waardoor zijn eventueel beperktere opzet pas tot uitdrukking komt in de strafmaat. In de zienswijze van Knigge staat de medeplichtige wel héél ver af van het gepleegde feit; een medeplichtige verbindt zich niet aan het begaan van een bepaald *delict*, maar, aanmerkelijk onbepaald, met een criminele *onderneming* van een ander. Ook opgemerkt in Wolswijk 2010, p. 879, nt. 35.

261 Knigge noemt geen voorbeelden van situaties waarin het verwezenlijkte feit wezenlijk verschilt van het door de medeplichtige beoogde delict.

262 HR 22 maart 2011, LJN BO4471, *NJ* 2011, 342, m. nt. Schalken.

263 Vgl. CAG Silvius, punt 21 jo. 23 bij het in de hoofdtekst besproken arrest. De A-G laat de mogelijkheid open dat het hof heeft vastgesteld dat de bedreigingen hebben plaatsgevonden, voorafgaande aan het toebrengen van de messteken.

264 R.o. 2.5.3.

zware mishandeling niet wezenlijk verschilt van bedreiging (accessoriteit)²⁶⁵ – dan vanuit de heersende opvatting; het opzet van de medeplechtige is immers niet gericht op een ‘deel’ van het grondfeit, wanneer de bedreiging in het geheel niet is verwezenlijkt.

4.3.4 De aansprakelijkheid van de medepleger

4.3.4.1 Samenwerkingskader en delictsoptzet

In geval van indirecte deelneming bleek Knigge een model te verdedigen waarin het gepleegde delict voldoende moet corresponderen met het door de deelnemer beoogde feit (accessoriteit), waarbij de toepassing van art. 47 lid 2 of 49 lid 4 Sr maakt dat de deelnemer conform zijn delictsoptzet aansprakelijk is. In tegenstelling tot de indirecte deelnemer moet de medepleger in de ogen van Knigge wél opzet hebben op de door het opzet bestreken bestanddelen van het *gepleegde* grondfeit. Dat bleek twee consequenties te hebben: een afwijkende uitvoeringswijze – de mededader doet kortweg iets anders dan de medepleger beoogde – kan niet in de sleutel van ‘accessoriteit’ worden geplaatst en de analoge toepassing van art. 47 lid 2 is niet nodig om de aansprakelijkheid van de medepleger te beperken.²⁶⁶ De beperking van de aansprakelijkheid van de medepleger is, zo begrijp ik Knigge, gelegen in enerzijds de omvang van het samenwerkingskader en anderzijds het delictsoptzet dat de individuele medepleger heeft.²⁶⁷ Dat samenwerkingskader lijkt het aanknopingspunt te zijn voor de vaststelling welke *gedragingen* van de mededader kunnen worden toegerekend aan de medepleger. Op basis van deze aan de medepleger toe te rekenen gedragingen, bepaalt het eigen delictsoptzet de individuele aansprakelijkheid.²⁶⁸

265 Knigge zelf lijkt in een dergelijke casuspositie – de medeplechtige/uitlokker heeft opzet op bedreiging, terwijl de pleger *zonder* te dreigen een doodslag begaat – ook accessoriteit aan te nemen. Zie Knigge 2003, p. 305, nt. 32.

266 Zie paragraaf 4.3.2.

267 Knigge stelt nergens expliciet dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het ‘samenwerkingskader’ en het ‘delictsoptzet’. Mijns inziens ligt dat onderscheid echter besloten in Knigges uiteenzetting. Ik licht dat toe in het navolgende.

268 Dat Knigge die tweedeling impliciet maakt, komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in een voorbeeld dat hij geeft ten aanzien van het in vereniging begaan (d.i. medeplegen) van diefstal (zie Knigge 2003, p. 311–312 jo. 319–320): Jan en Peter nemen in samenwerking een fiets weg, Jan weet dat de fiets aan een ander toebehoort, maar Peter meent ten onrechte dat de fiets van Jan is. Peter is *geen* medepleger, omdat hij niet het voor diefstal vereiste opzet heeft (hij moet opzet hebben op het criminele oogmerk bij zijn mededader; zie paragraaf 3.3.2.1 jo. 3.3.3). Jan heeft het voor diefstal vereiste criminele oogmerk. Maar is hij medepleger? Knigge beantwoordt die vraag bevestigend. Dat het opzet tussen Jan (gericht op diefstal) en Peter (in het geheel niet aansprakelijk) uiteenloopt, staat op zichzelf niet in de weg aan het medeplegerschap van Jan. Dat ondersteunt het in de hoofdttekst gestelde, namelijk dat het delictsoptzet van betekenis is voor de *individuele* aansprakelijkheid van de medepleger. Jan is volgens Knigge medepleger, omdat de feitelijke delictshandeling – het ‘wegnemen’ van de fiets – wél in samenwerking is begaan. Dat bevestigt het in de hoofdttekst genoemde punt dat aan de hand van het samenwerkingskader moet worden bepaald of een gedraging van de mededader voor rekening moet komen van de medepleger. Die toerekening is mogelijk, zo blijkt uit het voorbeeld van Knigge, ook als het delictsoptzet wezenlijk uiteenloopt. Uitgebreider hierover Postma 2009.

Hierna zal blijken dat Knigges invulling van het samenwerkingskader nauw verwant lijkt te zijn aan zijn invulling van accessoriteit bij de indirecte deelnemer, terwijl het delictopzet de aansprakelijkheid van de medepleger op soortgelijke²⁶⁹ wijze beperkt als art. 47 lid 2 Sr doet in geval van uitlokking.

Voor de omvang van het *samenwerkingskader* zijn volgens Knigge in ieder geval van betekenis: ‘de gemaakte afspraken, de aard van het gezamenlijke doel en de kennis die de verdachte bezat van de situatie van zijn mededader’.²⁷⁰ Een gedraging van de mededader kan worden toegerekend aan de overige medeplegers als die gedraging *past* in het samenwerkingskader.²⁷¹ Dat lijkt sterk op Knigges inkleuring van accessoriteit: correspondeert het gepleegde delict in voldoende mate met het door de deelnemer beoogde delict? Knigge verklaart die verwantschap als volgt: ‘Weliswaar neemt de medepleger (als directe deelnemer) geen aparte positie in ten opzichte van de pleger, maar de medeplegers nemen wel – doordat de nauwe samenwerking taak- en rolverdeling bepaald niet uitsluit – *positie in ten opzichte van elkaar* [cursivering, AP].’²⁷² Met het oog daarop moet worden bedacht dat medeplegers soms ‘naar eigen inzicht’ moeten handelen, bijvoorbeeld omdat de precieze uitvoeringswijze vooraf niet met elkaar is doorgesproken of de mededader reageert op onvoorziene gebeurtenissen.²⁷³ Uit dit oogpunt ligt het dus niet voor de hand te eisen dat de medepleger ‘opzet’ heeft op de feitelijke delictshandeling van zijn mededader. Een dergelijk opzet op de handeling van de mededader is volgens Knigge dan ook niet vereist.²⁷⁴ Voldoende is dat die handeling in voldoende mate correspondeert met wat wél is afgesproken. Daarmee heeft het samenwerkingskader een filterfunctie: de feitelijke delictshandeling van een mededader die onvoldoende past binnen dat kader is daarmee *niet* in bewuste en nauwe samenwerking begaan.²⁷⁵

De consequentie hiervan is dat de medepleger op basis van een dergelijke handeling *niet* aansprakelijk kan worden gehouden voor een delict. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van een *opzetdelict*. Voor het medeplegen van een dergelijk delict is vereist dat de feitelijke delictshandeling in de vereiste samenwerking is begaan. Daaraan is niet voldaan wanneer die handeling valt *buiten* het samenwerkingskader. Een gedraging kan buiten dat kader vallen, ook al heeft de medepleger opzet op het delictsgevolg daarvan. Bijvoorbeeld: A (betrokken bij het plan en bestuurder van de vluchtauto) en B (uitvoerder) spreken af om een gewapende overval te plegen op een tankstation. A weet

269 Merk op: een verschilpunt is dat de medepleger op basis van zijn verdergaande opzet wél voor een zwaarder delict (doodslag) aansprakelijk kan zijn dan zijn mededader (mishandeling). De uitlokker volgt in een dergelijk geval de kwalificatie van de uitgelokte.

270 Knigge 2003, p. 316.

271 Zie Knigge 2003, p. 317-318 jo. 311-312. Knigge stelt bijvoorbeeld (p. 318): ‘Niet voldoende is (...) dat die gedragingen [van de mededader, AP] pasten binnen het gezamenlijk plan van actie, de medepleger moet bovendien opzet hebben gehad op de delicten die daardoor werden verwezenlijkt.’

272 Knigge 2003, p. 311.

273 Zie ook Knigge 2003, p. 311.

274 Zie Knigge 2003, p. 316.

275 Vgl. Knigge 2003, p. 317-318 jo. 310-311.

dat B bij een eerdere overval een pompbediende heeft doodgeschoten. Mede op basis daarvan wordt in dit voorbeeld aangenomen dat A voorwaardelijk opzet heeft op het doden van de pompbediende door zijn mededader bij déze overval. Stel dat B inderdaad de pompbediende om het leven brengt. In dat geval heeft A het vereiste dodingsopzet. Op zichzelf is dat echter onvoldoende: daarnaast is vereist dat de dodings*handeling* van A kan worden toegerekend aan B. Daarvoor moet het samenwerkingskader zich uitstrekken tot die feitelijke handeling. Voor de beoordeling daarvan lijkt bijvoorbeeld van betekenis of de mededader die handeling heeft verricht om het gezamenlijke doel te bereiken (hij doodde de pompbediende omdat deze zich verzette tegen het wegnemen van de kassa-inhoud) of dat hij, nadat hij zich die kassa-inhoud volgens plan heeft toegeëigend, de pompbediende in een opwelling doodschiet. In het eerste geval lijkt de feitelijke delictshandeling *binnen* het samenwerkingskader te vallen, in het tweede geval is dat op zijn minst genomen aanvechtbaar.^{276/277}

Als een feitelijke delictshandeling buiten het samenwerkingskader valt, kan de medepleger op basis daarvan dus niet aansprakelijk worden gesteld voor een opzetdelict. Op grond van een dergelijke handeling is de medepleger volgens Knigge echter mogelijkterwils wél aansprakelijk voor een *kwalificerende omstandigheid*. Het toerekeningskader is volgens Knigge dan wat ruimer, zo is gebleken in paragraaf 3.3.5.5. In dat geval mag de feitelijke delictshandeling van de mededader *enigszins buiten* het samenwerkingskader vallen (toerekening naar redelijkheid), terwijl de medepleger geen opzet hoeft te hebben op die omstandigheid.²⁷⁸

Waar het mij om gaat, is dat Knigge twee vragen lijkt te onderscheiden: de vraag of de *feitelijke delictshandeling* van de mededader kan worden toegerekend aan de medepleger enerzijds, en de vraag of de medepleger afzonderlijk het *subjectieve delictsbestanddeel* vervult anderzijds. In de heersende leer wordt dat onderscheid niet (uitdrukkelijk) gemaakt. Voor de toerekeningsvraag ten aanzien van bedoelde handeling is het *samenwerkingskader* hét aanknopingspunt. De bepaling van de omvang van dat kader is uiteindelijk een *normatief* beslispoint. In dat verband is doorslaggevend of de feitelijke delictshandeling past binnen het

276 Die tweedeling tussen het samenwerkingskader enerzijds en het opzet op het delict anderzijds, komt ook terug in een gelijksoortig voorbeeld dat Knigge. Dat voorbeeld heeft betrekking op inbraken. Het komt erop neer dat Jan en Peter bewust en nauw samenwerken ten aanzien van een inbraak, terwijl Jan weet dat Peter daarna een tweede inbraak zal begaan. Als Jan daaraan niet wenst mee te werken, is hij dan medepleger van die tweede inbraak? Knigge geeft aan dat het gaat om twee vragen: voldoet Jan aan de delictsomschrijving – in Knigges ogen heeft Jan het vereiste delictsoptzet – én strekt de samenwerking zich uit tot dat tweede delict? Zo Knigge 2003, p. 310-311. In gelijke zin p. 317-318.

277 Het in de hoofdtekst gegeven voorbeeld is een variant van de casuspositie in HR 4 mei 1993, nr. 94.011, DD 93.400. Zie daarover paragraaf 5.4.1.

278 In paragraaf 3.3.5.3 is gebleken dat in het geldende recht in geval van de kwalificerende omstandigheid 'geweld' geen verschil lijkt te worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid daarvoor en de aansprakelijkheid voor een door opzet bestreken bestanddeel: in beide gevallen is vermoedelijk zowel 'bewuste en nauwe samenwerking' als 'opzet' vereist.

samenwerkingskader. De omvang van dat kader wordt maar ten dele afgemeten aan wat de medepleger daadwerkelijk heeft voorzien. In aanvulling op deze toerekeningsvraag speelt de kwestie of de medepleger voldoet aan het subjectieve delictsbestanddeel. Bij een opzettelijk draait het dan om het vereiste delictsoptzet.

In het kader van de rechtspraakanalyse in paragraaf 5, bouw ik voort op dit onderscheid tussen samenwerkingskader en delictsoptzet.

4.3.4.2 Raakvlakken met functioneel plegen

De wijze waarop Knigge het toerekenen van de feitelijke delictshandeling lijkt te onderscheiden van het delictsoptzet, vertoont gelijkenis met de wijze waarop een soortgelijk onderscheid wordt gemaakt in het kader van functioneel plegen. Dat onderscheid komt tot uitdrukking in het IJzerdraad-arrest.²⁷⁹ Daaruit volgt dat de feitelijke delictshandeling mag worden toegerekend aan de functionele pleger als is voldaan aan de zogenaamde ijzerdraadcriteria: kortweg de ‘beschikkingsmacht over en aanvaarding van het verboden fysieke gedrag van een ander’.²⁸⁰ Daarnaast moet de functionele pleger zelf eventuele *subjectieve delictsbestanddelen* vervullen.

Aanvankelijk werd wel een subjectieve invulling gegeven aan het deelcriterium ‘aanvaarding’ van de ijzerdraadcriteria; de functionele pleger moest de tenlastegelegde handeling of een soortgelijke gedraging ‘bewust’ hebben ‘aanvaard’.²⁸¹ Aan dat deelcriterium wordt tegenwoordig een *normatieve invulling* gegeven.²⁸² In het Drijfmet-arrest, gewezen met betrekking tot het daderschap van de rechtspersoon, bleek dat de Hoge Raad onder dat ‘aanvaarden’ ook begrijpt ‘het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon *kon worden geveerd* [cursivering, AP] met het oog op de voorkoming van de gedraging’.²⁸³ Aangenomen wordt dat deze normatieve invulling binnen het verband van de rechtspersoon van overeenkomstige toepassing is op het functioneel plegen van de natuurlijke persoon.²⁸⁴ Daarmee is voor de toerekening van een feitelijke delictshandeling ook binnen het verband van functioneel plegen niet vereist dat de functionele pleger zich de (soortgelijke) handeling in psychische zin voorstelt, en deze aanvaardt.

Kortom, de verwantschap met de wijze waarop Knigge de toerekening van de handeling van een mededader aan de medepleger begrijpt, is in de eerste plaats gelegen in het onderscheid tussen het toerekenen van de feitelijke delictshandeling enerzijds en het vervullen van de subjectieve delictsbestanddelen anderzijds. Daarbij moet zowel de functionele pleger als de medepleger *zelf* het door de delictsombschrijving vereiste opzet hebben. In de tweede plaats bepalen *normatieve criteria* in beide gevallen of de feitelijke delictshandeling voor rekening mag komen van de functionele- of medepleger. Voor die toerekening is niet

279 HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378, m.nt. Röling (IJzerdraad).

280 De Hullu 2012, p. 155.

281 Vgl. De Hullu 2012, p. 157; Wolswijk 2007, p. 102.

282 Vgl. De Hullu 2012, p. 157.

283 HR 21 oktober 2003, LJN AF7938, NJ 2006, 328, m. nt. Mevis (Drijfmet). De vereiste zorg kan bijvoorbeeld ontbreken bij onvoldoende instructies, controle en toezicht. Zie De Hullu 2012, p. 157.

284 De Hullu 2012, p. 156; Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005, p. 532.

vereist dat die (soortgelijke) handeling wordt omvat door *opzet*. Bij functioneel plegen komt dat tot uiting in de inkleuring van het aanvaardingsvereiste, bij medeplegen in Knigges begrip van het samenwerkingskader.

4.3.5 Besluit

Knigges model is gebaseerd op het verschil tussen directe en indirecte deelneming. Daaruit vloeit het verschil in betekenis van de accessoriteitseis voort; de directe deelnemer moet opzet hebben op het *gepleegde* grondfeit, het opzet van de indirecte deelnemer hoeft *niet* te zijn gericht op dat gepleegde feit.

Voor de indirecte deelnemer betekent dit het volgende. In de heersende opvatting komen normatieve oordelen (impliciet) tot uitdrukking in de vaststelling van opzet op (een deel van) het grondfeit. In Knigges benadering wordt het normatieve oordeel, ingeval het gepleegde delict afwijkt van het door de deelnemer beoogde, open en bloot op tafel gelegd in het kader van de accessoriteitsvraag: wijkt het gepleegde wezenlijk af van het beoogde? Het opzet van deze deelnemers wordt dus in hoge mate van zijn toerekeningscomponent ontdaan.²⁸⁵

Bij directe deelneming zoals medeplegen moet de deelnemer wél opzet hebben op het gepleegde grondfeit; wordt het delictsgevolg door opzet bestreken, zoals bij doodslag, dan moet elke medepleger dat dodingsopzet hebben. Afgezien daarvan lijkt het aansprakelijkheidskader sterk op dat van de indirecte deelnemer.

5 Het bewijs van medeplegen ten aanzien van binnen of buiten het gezamenlijk plan vallende delicten

5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht hoe in de rechtspraak invulling wordt gegeven aan het voor medeplegen vereiste schuldverband. In dat geval kan het meer in het bijzonder draaien om het schuldverband ten aanzien van een grondfeit, kwalificerende omstandigheid of samenhangend delict. De nadruk ligt op opzetsdelicten die een *overschrijding* opleveren van het gezamenlijk doel dat de medeplegers hebben.²⁸⁶ De aanleiding voor het jurisprudentieonderzoek is de door sommige schrijvers gesignaleerde spanning tussen enerzijds het stellen van een opzeteis met betrekking tot een opzetsdelict en anderzijds het oneigenlijk invullen van die eis; het bewezen verklaren van opzet zou in sommige gevallen neerkomen op het bloot toerekenen van onvoorziene gevolgen. Het *eerste doel* van deze paragraaf is om te achterhalen of die spanning inderdaad bestaat en, als dat het geval is, de ‘psychische component’ van het *opzet van de medepleger* – welke feiten en omstandigheden heeft hij willens en wetens (als kwade kans) aanvaard – waar mogelijk te onderscheiden van de ‘normatieve component’ daarvan – wat

285 In ‘hoge mate’, omdat opzet in de ogen van Knigge altijd een grotere of kleinere ‘normatieve component’ heeft. Zie Knigge 2003, p. 320–321.

286 Zie voor de terminologie paragraaf 5.2.2.

heeft de medepleger niet welbewust aanvaard, maar krijgt hij toegerekend?²⁸⁷

De aandacht wordt niet enkel gericht op het bewijs van het opzet van de medepleger. De vraag naar dat opzet komt alleen in beeld wanneer de medepleger aansprakelijk is voor de feitelijke delictshandeling. Ik spreek van ‘handeling’ en niet van ‘gedraging’, omdat het in alle te behandelen zaken draait om een ‘doen’ van de mededader. In navolging van wat Knigge lijkt te doen, onderscheid ik het door de delictsomschrijving vereiste opzet enerzijds van de toerekening van de feitelijke delictshandeling aan de medepleger anderzijds.²⁸⁸ Dat laatste geschiedt op voorwaarde dat die handeling in bewuste en nauwe samenwerking is begaan.²⁸⁹ Het *tweede doel* van deze paragraaf is om enig zicht te krijgen op de omvang van die samenwerking; op basis van welke feiten en omstandigheden wordt de *feitelijke delictshandeling* aangemerkt als begaan in bewuste en nauwe samenwerking?²⁹⁰

5.2 Delictsoptzet en categorisering casuïstiek

5.2.1 Begrip en bewijs van voorwaardelijk opzet

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de inhoud van het opzetbegrip. In het kader van dit proefschrift wordt niet ingegaan op dit wetenschappelijk debat. De aandacht wordt geconcentreerd op het begrip en bewijs van opzet in de rechtspraak.

In de rechtspraak wordt vooral gebruik gemaakt van de laagste gradatie van opzet: voorwaardelijk opzet. Het voorwaardelijk opzet, zoals dat in de rechtspraak figureert, kent drie componenten: het bestaan van een ‘aanmerkelijke kans’ dat de gedraging het gevolg veroorzaakt, welke kans door de actor ‘bewust’ wordt ‘aanvaard’.²⁹¹ In het standaardarrest HIV-I²⁹² heeft de Hoge Raad algemene overwegingen gewijd aan het begrip en bewijs van deze componenten. In

287 Ik beoog dus niet een representatief beeld te schetsen van alle facetten van medeplegen. De beschrijving van onderstaande arresten en de categorisering daarvan zijn enkel dienstig in het licht van het beperktere doel van deze paragraaf.

288 Zie paragraaf 4.3.4.

289 Zie paragraaf 4.3.4 jo. 3.2. Ik abstraheer van de uitzondering die Knigge maakt ten aanzien van kwalificerende omstandigheden (de handeling die een kwalificerende omstandigheid oplevert mag in de ogen van Knigge ‘enigszins buiten’ het samenwerkingskader vallen). De reden daarvoor is dat enkel rechtspraak wordt behandeld ten aanzien van de kwalificerende omstandigheid ‘geweld’. Dat ‘geweld’ lijkt in de rechtspraak te worden benaderd alsof het een delictsbestanddeel is; de medepleger moet daarop opzet hebben en de bewuste en nauwe samenwerking moet zich daartoe uitstrekken (zie paragraaf 3.3.5.3).

290 Hieronder zal blijken dat het bedoelde onderscheid tussen het voor rekening brengen van de feitelijke delictshandeling (bewuste en nauwe samenwerking) enerzijds en het vervullen van het opzetbestanddeel anderzijds, zich soms lastig laat maken. Dat komt omdat het bewijs van de vereiste samenwerking en het delictsoptzet met elkaar is verknoopt; het bewijs van die samenwerking lijkt soms geënt op de vaststelling van opzet op het delict en vice versa.

291 In de jurisprudentie wordt in plaats van ‘aanvaarden’ ook wel gesproken van ‘blootstellen aan’ of ‘op de koop toenemen’.

292 HR 25 maart 2003, LJN AE9049, NJ 2003, 552, m. nt. Buruma (HIV-I). Zie voor deze algemene overwegingen bijvoorbeeld ook HR 24 februari 2004, LJN AO1498, NJ 2004, 375, m. nt. Mevis.

onderstaande beschrijving worden die overwegingen tot uitgangspunt genomen.

De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de *aanmerkelijke kans*:

‘De beoordeling of de gedraging de aanmerkelijke kans op het gevolg schept, ‘is afhankelijk van de *omstandigheden van het geval*, waarbij betekenis toekomt aan de *aard van de gedraging* en de *omstandigheden waaronder deze is verricht*. Er is geen grond de inhoud van het begrip “aanmerkelijke kans” afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar *algemene ervaringsregelen* aanmerkelijk is te achten [cursiveringen, AP].’²⁹³

De Hoge Raad formuleert slechts een aantal ijkpunten voor de bepaling van de vereiste kans – de omstandigheden van het geval (aard van de gedraging en omstandigheden waaronder deze is verricht) en algemene ervaringsregels – die de feitenrechter de nodige armslag geven bij de waardering van de aanmerkelijkheid van de kans op het gevolg.²⁹⁴ De aard van het rechtsgoed dat gevaar loopt is niet van invloed op de aanmerkelijkheid van de kans. In zoverre kiest de Hoge Raad niet voor een ‘normatieve benadering’.²⁹⁵ De kans dient in objectieve zin ‘aanmerkelijk’ te zijn.²⁹⁶ Daarvoor is onder meer relevant de kwantitatieve kans op intreding van het gevolg. Die drempel ligt vermoedelijk laag: De Hullu houdt het erop dat een ‘reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid’ volstaat.²⁹⁷ De vereiste objectieve kans op intreding van de dood van een ander kan bijvoorbeeld onvoldoende blijken als de actor kogels afvuurt in de richting van de ‘gang’ van een appartement, terwijl uit de bewijsvoering volgt dat de bewoner zich bevindt in de ‘slaapkamer’ (niet in het verlengde van de gang).²⁹⁸ Vermoedelijk is de kansgrootte niet de enige betekenisvolle factor.²⁹⁹ Voor die interpretatie pleit dat statistische gegevens in veel zaken niet beschikbaar zullen zijn. In zoverre zal het rechterlijk oordeel in veel gevallen neerkomen op een ‘globale beoordeling van risico’s’.³⁰⁰

In het arrest HIV-I overweegt de Hoge Raad ten aanzien van de vereiste *wetenschap*:

293 HR 25 maart 2003, LJN AE9049, NJ 2003, 552, m. nt. Buruma (HIV-I), r.o. 3.6.

294 De Hullu wijst erop dat de ‘bepaalde helderheid’ die de ijkpunten verschaffen ‘aan rechterlijke oordelen ter zake wel eens het karakter van een machtswoord [kunnen] geven’. Zie De Hullu 2012, p. 231.

295 Aldus Machielse in zijn bewerking van Noyon/Langemeijer en Remmelink, Opzet, aant. 3.5.

296 De Hullu 2012, p. 231; Noyon/Langemeijer en Remmelink, Opzet, aant. 3.5; CAG Knigge, punt 12 bij HR 18 april 2006, LJN AV4871.

297 De Hullu 2012, p. 231.

298 Zo HR 20 april 2010, LJN BL6765, NJ 2010, 250. Zie in soortgelijke zin HR 6 september 2005, LJN AT2760, NJ 2006, 50.

299 Zie hierover De Jong, Van Roomen en Sikkema 2007.

300 Zo De Hullu 2012, p. 231. In vergelijkbare zin over de afbakening van de aanmerkelijke kans: CAG Knigge, punt 19 bij HR 18 april 2006, LJN AV4871 en CAG Vellinga, punt 10 jo. 13 bij HR 20 april 2010, LJN BL6765, NJ 2010, 250.

‘Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap [dat het gevolg zal intreden, AP] bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem *moet worden verondersteld*, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld [cursivering, AP].’³⁰¹

Uit de bewoordingen blijkt dat de wetenschap van de aanmerkelijke kans objectiverend kan worden vastgesteld. Die objectivering komt in de rechtspraak vaak naar voren in zinsneden als de verdachte ‘moet hebben geweten’ of ‘moet zich bewust zijn geweest’ van de aanmerkelijke kans op gevolgsintreding.³⁰² Dat diens weten ‘moet worden verondersteld’ kan bijvoorbeeld met behulp van een normaliteitssyllogisme worden afgeleid uit de kansgrootte op intreding van het gevolg: die kans is dermate groot, dat een normaal mens deze kent, zodat – behoudens contra-indicaties – ook de actor van die kwade kans moet hebben geweten.³⁰³ Het bewijs van de ‘objectieve’ aanmerkelijke kans en de ‘voorstelling’ daarvan door de actor, is daarmee sterk met elkaar verweven.

In de regel zal de *aanvaarding* van de aanmerkelijke kans op intreding van het gevolg blijken uit het ‘toch handelen’ bij wetenschap van die kwade kans; wie weet dat de messteek de aanmerkelijke kans op de dood van het slachtoffer in het leven roept, en desondanks de messteek toebrengt, die aanvaardt de kwade kans op een dodelijke afloop. Die aanvaarding kan zelfs worden afgeleid uit onverschilligheid ten aanzien van de intreding van het gevolg, mits de actor wetenschap heeft van bedoelde aanmerkelijke kans.³⁰⁴ Dat de actor de gevolgsintreding niet ‘wenst’, ‘verlangt’ of ‘nastreeft’, staat niet in de weg aan voorwaardelijk opzet.³⁰⁵ Indien nodig kan de *aanvaarding* van de kwade kans objectiverend worden vastgesteld. De Hoge Raad:

‘Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de *aard van de gedraging* en de *omstandigheden waaronder deze is verricht*, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun *uiterlijke verschijningsvorm* worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het — behoudens contra-indicaties — niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft

301 HR 25 maart 2003, LJN AE9049, NJ 2003, 552, m. nt. Buruma (HIV-I), r.o. 3.6.

302 Zie bijvoorbeeld HR 13 januari 2004, LJN AN9177, NJ 2005, 63, r.o. 3.4.2. Hierover ook Noyon/Langemeijer en Remmelink, Opzet, aant. 4.

303 Aldus nt. Reijntjes, punt 4 bij HR 14 december 2010, LJN BO2966, NJ 2011, 313. In vergelijkbare zin Blomsma 2012, p. 119.

304 Zo De Hullu 2012, p. 228 en 229; Noyon/Langemeijer en Remmelink, Opzet, aant. 3.2. Zie voor een voorbeeld uit de jurisprudentie HR 17 februari 2004, LJN AN9360, NJ 2004, 323, r.o. 3.5: ‘Uit de wijze van rijden van de verdachte met zijn zware terreinauto kan bezwaarlijk anders volgen dan dat hij zich *niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen* daarvan voor andere verkeersdeelnemers, meer in het bijzonder zwakkere weggebruikers, zoals fietsers [cursivering, AP].’

305 Zie daarover Van Dijk 2008, p. 426–427 en Rozemond 2009.

aanvaard [cursiveringen, AP].³⁰⁶

De objectivering kan bij *fysiek plegen* aanknopen bij de uiterlijke verschijningsvorm van de feitelijke delictshandeling. Die handeling verricht de fysieke pleger immers eigenhandig. Het standaardprocedé om op basis daarvan ‘voorwaardelijk opzet’ bewezen te verklaren, is door de verdachte te spiegelen aan de normale mens (normaliteitssyllogisme): de normale mens heeft met handeling X voorwaardelijk opzet op gevolg Y, de verdachte is een normaal mens, dus de verdachte heeft met handeling X voorwaardelijk opzet op gevolg Y.

De figuur *medeplegen* biedt de mogelijkheid dat een ander (de mededader) de feitelijke delictshandeling voor zijn rekening neemt. Dat is telkens het geval in de zaken die in dit rechtspraakoverzicht worden behandeld. Anders dan bij fysiek plegen spreekt niet vanzelf dat die handeling voor rekening mag komen van de medepleger. Dat is alleen geoorloofd als die handeling in bewuste en nauwe samenwerking is begaan. In gevallen waarin de mededader de feitelijke delictshandeling verricht, kan de rechter voor het bewijs van het delictsoptzet dus niet zonder meer aanknopen bij de uiterlijke verschijningsvorm van de handeling van de mededader. Die handeling zegt immers in de eerste plaats iets over het (voorwaardelijk) opzet van de mededader. Dit mag echter niet zonder meer worden doorgetrokken naar de medepleger: het kan immers zo zijn dat de mededader met zijn handeling bijvoorbeeld heeft ingespeeld op ontwikkelingen ten tijde van de delictsuitvoering, die de medepleger niet heeft voorzien. Met andere woorden: soms heeft de medepleger de handeling van zijn mededader voorzien noch aanvaard, om welke reden het voor de pleger (mededader) dienstige normaliteitssyllogisme niet kan worden toegepast op de medepleger. Als de medepleger ‘delictsoptzet’ ontkent, dan moet de rechter voor het bewijs daarvan aanknopen bij andere feiten en omstandigheden dan de feitelijke delictshandeling. In paragraaf 5.5.2 zal blijken dat in de rechtspraak voor het bewijs van voorwaardelijk opzet van de medepleger dan ook gebruik lijkt te worden gemaakt van een ander standaardprocedé.

5.2.2 Gezamenlijk plan

Zoals eerder gesteld, heb ik met paragraaf 5 twee doelen op het oog: kortweg het schetsen van een algemeen beeld van de feiten en omstandigheden die door de rechter worden aangevoerd als bewijs dat 1) de feitelijke delictshandeling in bewuste en nauwe samenwerking is begaan en 2) de medepleger het door de delictsombschrijving vereiste opzet heeft gehad. Dat onderzoek wordt niet alleen bemoeilijkt door het casuïstische gehalte van elk rechterlijk oordeel over het medeplegen, maar ook door de onduidelijke omvang van het samenwerkingscriterium. In ieder geval is helder dat de ‘zo bewuste en nauwe samenwerking dat sprake is van medeplegen’³⁰⁷ ook delicten kan omvatten die de medeplegers zich niet gezamenlijk ten doel hebben gesteld, maar waarop

306 HR 25 maart 2003, LJN AE9049, NJ 2003, 552, m. nt. Buruma (HIV-I), r.o. 3.6.

307 Zie paragraaf 2.4.1.1.

het voorwaardelijk opzet van de afzonderlijke medepleger wél was gericht.³⁰⁸ In paragraaf 4.3.4 bleek dat deze kwade kansen ook kunnen vallen binnen het ‘samenwerkingskader’, zoals omlijnd door Knigge.³⁰⁹ Daarmee strekt de aansprakelijkheidsgrond medeplegen zich uit tot delicten die klaarblijkelijk behoren tot de *risicosfeer* van de bewuste en nauwe samenwerking. Dat kan in bijzondere gevallen de vraag oproepen of een door de mededader gerealiseerd delict nog tot die risicosfeer moet worden gerekend, of dat de mededader buiten de samenwerking om handelde.³¹⁰ Om die reden gebruik ik het gezamenlijk plan – dat de kern vormt van de bewuste en nauwe samenwerking – als centraal aanknopingspunt voor de categorisering van de rechtspraak: hoe verhoudt het grondfeit, het daarmee samenhangende delict, of de kwalificerende omstandigheid zich tot de inhoud van het gezamenlijk plan?

Ter verduidelijking een enkel woord over het *gezamenlijk plan*. Onder ‘gezamenlijk plan’ begrijp ik het ‘samenwerkingsdoel’ en daarmee verband houdende ‘uitvoeringsaspecten’.

Het *samenwerkingsdoel*³¹¹ – het gezamenlijk doel van de medeplegers – vormt het hart van de samenwerking. Ik vooronderstel dat een bewuste en nauwe samenwerking zonder samenwerkingsdoel moeilijk voorstelbaar is; elke vorm van samenwerking is intentioneel van aard, dat wil zeggen: gericht op iets anders. Het samenwerkingsdoel kan bestaan uit het laten voortduren van een toestand (het voorhanden hebben van een vuurwapen), het verrichten van een handeling (het wegnemen van een pinpas) of het bewerkstelligen van een gevolg (het doden van Piet). Vertaald in juridische terminologie gaat het om ‘doelopzet’ op een voortdurende toestand, handeling of gevolg.³¹² De inhoud van het samenwerkingsdoel valt overigens niet noodzakelijkerwijs samen met een strafbaar feit. Zo bestond het ‘gezamenlijk streven’ van de medeplegers volgens het hof in het Bacchus-arrest uit het gezamenlijk betreden van café

308 In die zin bijvoorbeeld HR 14 oktober 2003, NJ 2004, 103; HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480 (Bacchus).

309 Zoals uit die paragraaf blijkt, wijst Knigge als belangrijke factoren voor de omvang van het samenwerkingskader aan: de gemaakte afspraken, de aard van het gezamenlijke doel en de *kennis van de mededader van de situatie van zijn mededader* (bijvoorbeeld: weet de medepleger dat zijn handlangers een vuurwapen bij zich draagt?).

310 In paragraaf 4.3.4.1 heb ik daaraan al een opmerking gewijd, in de vorm van een voorbeeld dat ziet op het medeplegen van een gewapende overval met dodelijke afloop. Voor de beoordeling of de dodingshandeling van de mededader in dat geval in samenwerking is begaan, lijkt van betekenis of de mededader die handeling verricht om het gezamenlijke doel te bereiken (hij doodt de pompbediende omdat deze zich verzet tegen het wegnemen van de kassa-inhoud) of dat hij, nadat hij zich die kassa-inhoud volgens plan heeft toegeëigend, de pompbediende in een opwelling doodschiet. In de eerste variant staat de feitelijke delictshandeling in een nauwer verband tot de samenwerking dan in de tweede.

311 De term is al eerder gemunt door Wedzinga en Knigge. Zie Wedzinga 1999, p. 106 en Knigge 2003, p. 316.

312 Zie Van Dijk die, met verwijzing naar andere auteurs, spreekt van doelopzet als ‘iemand handelt om een bepaald doel te bereiken (Van Dijk 2008, p. 346–347).’ Bij medeplegen gaat het om twee of meer personen die samenwerken om het gezamenlijk doel te verwezenlijken.

Bacchus. Het dodelijke geweld dat volgde, werd door het hof geplaatst binnen het kader van dat niet-strafbare samenwerkingsdoel.³¹³ Het spreekt voor zich dat de inhoud van het samenwerkingsdoel meestal enkel bij benadering kan worden vastgesteld. Daarbij komt dat dit doel meer of minder nauwkeurig kan zijn gesteld en dat het samenwerkingsdoel in de loop van de tijd kan wijzigen. Indien direct bewijs voor het bestaan van (stilzwijgende) afspraken ontbreekt – bijvoorbeeld in geval van (een) ontkennende of zwijgende verdachte(n) – kan dat bewijs alleen indirect worden afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen van de medeplegers.

Het gezamenlijk plan omvat behalve het samenwerkingsdoel ook de met dat doel verband houdende *uitvoeringsaspecten*. Het is niet ongebruikelijk dat medeplegers niet alleen een gezamenlijk doel voor ogen hebben (bijvoorbeeld een inbraak), maar dat zij ook (stilzwijgende) afspraken hebben gemaakt over daarmee verband houdende uitvoeringsaspecten (bijvoorbeeld het meenemen van een vuurwapen met het doel dat wapen in geval van nood te gebruiken). Wanneer (stilzwijgend) overeenstemming bestaat over een dergelijk uitvoeringsaspect, dan is dat een onderdeel van het gezamenlijk plan.³¹⁴ Net als ten aanzien van het samenwerkingsdoel geldt dat het bewijs van (stilzwijgende) afspraken over uitvoeringsaspecten soms moet worden gebaseerd op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen van de medeplegers.

Het gebruik van het gezamenlijk plan als centraal aanknopingspunt voor de navolgende analyse van de rechtspraak wordt zowel vereenvoudigd als mede gerechtvaardigd, door de omstandigheid dat dit gezamenlijk plan ook door de feitenrechter vaak als een hulpmiddel wordt gebruikt bij de vaststelling of een bepaalde handeling in de vereiste samenwerking is verricht en de medepleger het opzet heeft op een daaruit voortvloeiend opzetsdelict. Dit referentiepunt keert soms ook terug in de overwegingen van de Hoge Raad.³¹⁵ Dat is verklaarbaar: in de rechtspraak wordt gezocht naar het gezamenlijke (strafbare) doel dat de medeplegers met de samenwerking *in ieder geval* voor ogen hebben gehad en naar de wijze waarop de medeplegers daaraan uitvoering wilden geven, om op basis daarvan te kunnen vaststellen welke aan de samenwerking klevende kwade kansen de medepleger welbewust heeft aanvaard.³¹⁶

In het onderstaande onderscheid ik twee hoofdcategorieën, die elk twee

313 Zie het Bacchus-arrest in paragraaf 5.4.2.

314 Wanneer daarover *geen* (stilzwijgende) overeenstemming bestaat, dan is die bewapening om die reden *geen* onderdeel van het gezamenlijk plan. Voorbeeld: het samenwerkingsdoel van A en B is het begaan van een inbraak, A weet dat B een vuurwapen bij zich draagt, maar B heeft geen benul van A's wetenschap. In dat geval blijkt niet van een (stilzwijgende) overeenstemming over het dragen van een vuurwapen bij de uitvoering van het samenwerkingsdoel (de inbraak). Het dragen van dat vuurwapen is om die reden in mijn definitie *geen* uitvoeringsaspect dat verband houdt met het samenwerkingsdoel.

315 Zie bijvoorbeeld HR 28 februari 2006, NJ 2006, 178.

316 Ter vergelijking: het doel dat de *pleger* (kennelijk) met zijn handeling voor ogen heeft, kan ook een aangrijpingspunt zijn voor de omvang van diens (voorwaardelijk) opzet.

subcategorieën herbergen. Het aanbrengen van een waterdichte afgrenzing tussen de verschillende groepen is niet beoogd. In de eerste hoofdcategorie vallen zaken waarin het gepleegde delict als kwade kans besloten ligt in de uitvoering van het gezamenlijk plan (paragraaf 5.3). Deze groep kent twee subcategorieën: gevallen waarin het delict als kwade kans besloten ligt in het samenwerkingsdoel en situaties waarin die kwade kans besloten ligt in een uitvoeringsaspect. In de tweede hoofdcategorie valt het strafbaar feit *buiten* het gezamenlijk plan (paragraaf 5.4). Ook binnen deze groep onderscheid ik twee subgroepen: zaken waarin het delict primair voortvloeit uit eigengereid optreden van de mededader en casus die zich daardoor kenmerken dat de strafbare feiten het eindpunt vormen van een toenemende geweldsspiraal.

5.3 Delict ligt als kwade kans besloten in gezamenlijk plan

5.3.1 Delict ligt besloten in samenwerkingsdoel

In het ongepubliceerde arrest HR 10 mei 1994, nr. 97.226 draait het om de vraag of de medepleger aansprakelijk is voor de door zijn mededaders afgevuurde kogels op politieagenten. Die kogels waren gelost tijdens de vlucht die volgde op een gezamenlijk uitgevoerde bankoverval.³¹⁷

De verdachte verricht met twee mededaders een bankoverval (feit 1). Zij hebben daartoe vuurwapens en bivakmutsen meegenomen. Na de overval neemt het drietal met behulp van een klaarstaande vluchtauto de benen. Politieagenten zetten per auto de achtervolging in. Mededader 2 beschiet vanuit de vluchtauto enkele politieagenten (feit 2: medeplegen van poging tot doodslag, meermalen gepleegd). Na die autorit lijken de verdachte en mededader 2 zich voornamelijk te bekommeren om het veiligstellen van de buit, terwijl mededader 3 de vlucht veiligstelt. De verdachte geeft zijn pistool aan mededader 3, die daarmee schiet op een politieagent (feit 3: medeplegen van poging tot doodslag, meermalen gepleegd). Vervolgens betreden de medeplegers een woning. Vanuit de vernielde toegangsdeur van dat huis schiet mededader 3 met dodelijk gevolg op een politieagent (feit 4: medeplegen van doodslag). Daarop vervolgt het drietal de vlucht. Het hof veroordeelt de verdachte voor het medeplegen van alle vier tenlastegelegde feiten.

In cassatie wordt onder meer de vraag aan de orde gesteld of de verdachte, die zelf niet heeft geschoten, opzet heeft gehad op het forse geweld dat door zijn mededaders werd ingezet (feit 2 tot en met 4). A-G Van Dorst acht het middel ongegrond. De Hoge Raad doet de zaak af op basis van art. 81 RO.

Belangrijk is dat uit de overwegingen van het hof kan worden afgeleid dat het vuurwapengeweld was geworteld in het gezamenlijk plan. Een belangrijk aanknopingspunt daarvoor wordt geleverd door de vaststelling van het hof dat het *samenwerkingsdoel* bestond uit het overvallen van een bank én het veiligstellen van

317 Zie voor een gelijksoortige casus en vergelijkbare aansprakelijkheidsvaststelling: HR 9 juni 1992, NJ 1992, 773, m.nt. Knigge (Overval Oirschot II). In deze zaak had het hof veel minder kunnen vaststellen over het doel van de samenwerking en de rol die de verdachte daarin speelde.

lijf en buit.³¹⁸ Daarbij weegt voor het hof zwaar dat uit de gezamenlijk getroffen voorzorgsmaatregelen – zo nam men in totaal twee vuurwapens mee en droeg een van de mededaders een kogelvrij vest – blijkt dat eventueel vuurwapengebruik was ingecalculeerd.³¹⁹ Dat is een bij het gezamenlijk plan inbegrepen uitvoeringsaspect; met de gezamenlijke bewapening hebben de medeplegers geanticipeerd op de wijze van handelen bij een mogelijke achtervolging. Daarmee, zo duid ik deze zaak, lagen de begane dodingshandelingen als kwade kans besloten in het samenwerkingsdoel om kennelijk koste wat kost lijf en buit veilig te stellen.³²⁰ De omstandigheid dat het inzetten van vuurwapengeweld kan worden teruggevoerd op het samenwerkingsdoel, maakt dat de vaststelling van verdachtes *dodingsopzet* ten aanzien van de achtervolgers al min of meer is gegeven. Het schieten met een vuurwapen op een persoon impliceert immers in de regel voorwaardelijk opzet op de levensberoving van de beschotene.

5.3.2 Delict ligt besloten in uitvoeringsaspect

De twee zaken die in deze subgroep zijn opgenomen hebben het gedeelde kenmerk dat de kwade kans op het delict (mede) is terug te voeren op de *gezamenlijke* keuze voor de locus delicti (uitvoeringsaspect). Het bewuste delict valt zonder meer buiten het samenwerkingsdoel, maar het risico is gerelateerd aan een uitvoeringsaspect van het gezamenlijk plan. Het eerste arrest betreft HR 19 september 2002, LJN AE6118 (Veghel). De casus is als volgt:

De verdachte wil afrekenen met een ex-vriend van zijn dochter. Hij zet zijn zoon – de latere mededader – onder druk om de vriend op te sporen. Dat lukt. Op een kwade dag staan vader en zoon voor de school waarin de ex-vriend zich bevindt. De verdachte overhandigt zijn zoon een vuurwapen. De gewapende zoon betreedt daarop het schoolgebouw met als doel de ex-vriend om het leven te brengen. Tijdens de jacht op de vriend schiet de zoon zijn pistool leeg in de schoolruimten, zonder de vriend dodelijk te treffen. Daarbij worden vier andere personen niet-dodelijk getroffen.

318 Zie CAG Van Dorst, punt 12: het samenwerkingsdoel bestond uit ‘het wegnemen van het geld, het bezit daarvan veiligstellen en het zich in veiligheid brengen’.

319 Dat dit geweld was ingecalculeerd vindt bevestiging in het feit dat de bankoverval werd begonnen ook al waren er klanten in die bank aanwezig, dat na die overval de vuurwapens door de daders werden meegenomen tijdens de gezamenlijke vlucht in de vluchtauto, dat de bestuurder van de auto (mededader 3) geen gevolg gaf aan een stopteken van de politie maar riep ‘schieten, schieten’ vlak voordat mededader 2 op de politieagenten schoot en dat niet is gebleken dat de verdachte zich van dat schieten heeft gedistancieerd of daartoe een poging heeft gedaan. Met betrekking tot feit 3 en 4 komt daarbovenop dat de verdachte wist van het vuurwapengebruik door een mededader, en zich desondanks niet distancieerde van zijn mededaders. Zie CAG Van Dorst, punt 5 en 12.

320 Dat maakt dat het afvuren van de kogels (delictshandelingen) als mogelijk scenario onderdeel uitmaakt van wat onderling is afgesproken. Het ‘schieten’ is om die reden in bewuste en nauwe samenwerking gebeurd. Dat de kans op een achtervolging vooraf mogelijk niet is ingeschaald als ‘aanmerkelijk’, is strafrechtelijk irrelevant. Van doorslaggevende betekenis is dat uit de getroffen voorzorgsmaatregelen mag worden afgeleid, dat men van elkaar wist en aanvaardde dat als de vlucht zou worden bemoeilijkt, de kans dan ten minste aanmerkelijk was dat een van de mededaders vuurwapengeweld zou aanwenden.

Het hof veroordeelt de verdachte voor het medeplegen van poging tot moord op de ex-vriend en het medeplegen van vier pogingen tot doodslag. Het hof leidt verdachtes dodingsopzet ten aanzien van de vier overige slachtoffers af uit het feit dat hij zijn zoon gewapend naar binnen liet gaan, terwijl hij wist dat a) zich op dat tijdstip veel personen in de school bevonden en b) zijn zoon een ongeoefende schutter was: 'Daarmee heeft de verdachte bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat zijn zoon ook anderen dan [slachtoffer 1] dodelijk zou treffen en kan het bij zijn zoon aanwezige opzet ook verdachte worden *aangerekend* [cursivering, AP].'³²¹ Alle slachtoffers bevonden zich in de buurt van de ex-vriend. Zeker drie daarvan werden onbedoeld geraakt doordat de zoon gemikt schoot op de ex-vriend. Ingeval van het vijfde slachtoffer lag dat wellicht anders. Met het oog daarop overweegt het hof dat ook al had de mededader het bij het schieten *gemunt op het vijfde slachtoffer*, deze omstandigheid op zichzelf irrelevant is voor verdachtes aansprakelijkheid; de verdachte zou in alle gevallen voorwaardelijk opzet hebben gehad op het doden van personen die zich in de buurt van de ex-vriend ophielden.³²²

Het cassatiemiddel richt zich tegen het oordeel van het hof dat het dodingsopzet van de mededader ten aanzien van de vier overige slachtoffers wordt toegerekend aan de verdachte (eerste cursivering).³²³ In paragraaf 3.3.3 is gebleken dat een dergelijke toerekening niet is toegestaan: elke medepleger moet het opzetbestanddeel vervullen. Over het al dan niet gericht schieten op het vijfde slachtoffer (tweede cursivering) wordt in cassatie niet uitdrukkelijk geklaagd. De Hoge Raad laat het arrest van het hof in stand; van toerekening van opzet is geen sprake, en uit de bewijsmiddelen blijkt dat de mededader het telkens had gemunt op het gezamenlijke doelwit (de ex-vriend):

'Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte zijn zoon naar school heeft gebracht, hem een geladen pistool heeft verschaft en hem met dat pistool de school heeft laten binnengaan om daar [slachtoffer 1] neer te schieten, terwijl hij (verdachte) wist dat zich op dat tijdstip vele personen in de school bevonden en dat zijn zoon een ongeoefend schutter was. Op grond daarvan heeft het Hof geoordeeld dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zijn zoon – wiens tot het bewijs gebezigde verklaringen er op neer komen dat hij het louter op [slachtoffer 1] had gemunt – ook andere personen die zich in de buurt van [slachtoffer 1] zouden bevinden, dodelijk zou treffen. Volgens het Hof is daarom bij de verdachte sprake geweest van voorwaardelijk opzet op de dood van de in de bewezenverklaring (...) genoemde personen.'³²⁴

Vermoedelijk is voor de Hoge Raad van betekenis dat de mededader alle schoten loste met het oog op het *samenwerkingsdoel*.³²⁵ Met andere woorden: elk schot

321 R.o. 3.2.

322 R.o. 3.2.

323 Zie CAG Fokkens, punt 5.

324 R.o. 3.3.

325 Zo al eerder Knigge 2003, p. 311. Een tekstuele aanwijzing voor dat vermoeden wordt geleverd door het volgende. De opmerkingen van het hof over het al dan niet gericht schieten op het vijfde slachtoffer, werden door de Hoge Raad als 'overwegingen ten overvloede' – ten aanzien van een

hield rechtstreeks verband met de afgesproken afrekening met de ex-vriend. Dat lijkt te maken dat het schieten (feitelijke delictshandeling) in bewuste samenwerking is begaan. Het ligt overigens niet voor de hand dat lukraak geloste schoten door de mededader of het zonder reden gericht schieten op een ander dan de ex-vriend, zonder meer voor rekening kan worden gebracht van de medepleger. Dergelijke handelingen lijken onvoldoende te corresponderen met wat onderling is afgesproken. De medeplegers hebben gekozen voor een bevolkte school als plaats van uitvoering. Dat is een *uitvoeringsaspect* van het gezamenlijk plan. Deze keuze maakt dat het tot de risicosfeer van het gezamenlijk plan behoort dat zich derden in de buurt van het beoogde slachtoffer bevinden, welke derden mogelijkwerwijs ook slachtoffer worden van het vuurwapengeweld van de mededader. Dat uitvoeringsaspect – het kiezen voor een bevolkte school als plaats van afrekening – heeft ook gevolgen voor de omvang van verdachtes *opzet*; mede op basis van die omstandigheid mocht het hof concluderen dat het opzet van de verdachte zich in voorwaardelijke zin uitstreckte tot het feit dat de mededader derden die zich in de buurt van het doelwit bevinden, dodelijk zal treffen. De kwade kans op meer dodelijke slachtoffers is dus mede gebaseerd op de inhoud van het gezamenlijk plan.

Knigge plaatst enkele kanttekeningen bij de wijze waarop verdachtes dodingsopzet ten aanzien van die *andere* slachtoffers, wordt vastgesteld. De auteur stelt dat uit de bewijsmiddelen zonder meer volgt dat ‘te voorzien’ was dat mogelijk andere dodelijke slachtoffers zouden vallen. Voor opzet is echter vereist dat de verdachte de dodelijke gevolgen als *aanmerkelijke* kans heeft voorzien en aanvaard. Knigge vraagt zich af of men uit de feiten in deze zaak kan afleiden dat de verdachte daadwerkelijk heeft ‘beseft dat de kans daarop aanzienlijk was’. Aan het bezwaar van Knigge kan worden toegevoegd dat op basis van de keuze voor de locus delicti gekoppeld aan de onervarenheid van de schutter, kennelijk ook het bewijs is geleverd dat ten minste dit *aantal* dodelijke slachtoffers onder het opzet van de verdachte kan worden gebracht. Dat roept de vraag op of dat opzet wat betreft de kwantiteit van strafbare gevolgen wel kan worden afgebakend: zou de verdachte – ceteris paribus – ook voorwaardelijk opzet hebben gehad op de dood van vijf of misschien wel tien dodelijke slachtoffers? Op het oog lijken deze bezwaren terug te voeren op een verschil in feitelijke waardering die met de aard der zaak is gegeven; het is voorstelbaar dat de rechter in een afzonderlijk geval uit omstandigheid X de bewuste aanvaarding van een aanmerkelijke kans afleidt en bijvoorbeeld Knigge daarover anders oordeelt. Immers, uit multi-interpretabele feiten en omstandigheden wordt een geestesgesteldheid (opzet) afgeleid, terwijl de scheidslijn tussen een ‘aanmerkelijke’ en ‘niet-aanmerkelijke kans’ diffuus is. Bovenstaande bezwaren hebben, zoals we ook hieronder zullen zien, echter een bredere strekking: wanneer de rechter op basis van multi-interpretabele feiten en omstandigheden in vrijwel alle gevallen tot (voorwaardelijk) opzet komt, dan

hypothetisch geval – terzijde gelaten. Uit de bewijsmiddelen zou blijken dat de mededader telkens schoot met het doel om de ex-vriend te doden. Zie r.o. 3.3.

rijst de vraag of de rechter wel is geïnteresseerd in de ‘aanmerkelijkheid’ van de kwade kans, de ‘bewuste aanvaarding’ daarvan en de ‘kwantiteit’ van het gevolg. Zo niet, dan lijkt ‘opzet’ louter te worden bewezen, omdat het redelijk voorkomt de door zijn mededader verwezenlijkte opzetdelicten ook aan de medepleger toe te rekenen.

Ook in de zaak NJ 2004, 103³²⁶ is de gezamenlijke keuze voor de locus delicti – een bevolkt snookercentrum – een *uitvoeringsaspect* van het gezamenlijk plan. Die keuze schept de kwade kans dat het beoogde slachtoffer wordt vergezeld door een derde. De casus:

De verdachte heeft met drie mededaders het plan opgevat om ene Ping Tou³²⁷ van het leven te beroven. Daartoe wachten zij Ping Tou op bij een snookercentrum. Voor de uitvoering van het plan lijkt geen heldere taakverdeling te bestaan tussen de medeplegers.³²⁸ Duidelijk is wel dat het viertal wil voorkomen dat Ping Tou zal ontsnappen.³²⁹ Alle medeplegers zijn gewapend met een mes. Eén mededader beschikt over een vuurwapen. Op het moment dat Ping Tou op de fiets het snookercentrum verlaat, wordt hij vergezeld door een derde (Wang Xin). Daarop worden zowel Ping Tou als Wang Xin neergeschoten door een mededader. De schutter verklaart later: ‘Ik zag toen Ping Tou naar buiten kwam dat er nog een persoon bij hem was. Ik wist dat ze langs mij zouden fietsen. Ik moest in korte tijd bedenken of ik het wel of niet zou doen. Ik besloot dat ik door moest gaan.’³³⁰ De opkrabbellende Wang Xin wordt vervolgens door een of meer mededaders – in ieder geval niet de verdachte – met een mes doodgestoken.³³¹

Het hof komt tot een bewezenverklaring van het medeplegen van zowel moord op Ping Tou als doodslag op Wang Xin: ‘de verdachte en zijn mededaders handelden in gelijke gezindheid volgens een gezamenlijk voorgenomen plan strekkende tot de verwezenlijking van hetzelfde doel, de verdachte was ter plaatse aanwezig toen de slachtoffers om het leven werden gebracht, welke fysieke aanwezigheid getalsmatig een wezenlijke bijdrage moet hebben geleverd aan de eliminatie van de kans van [sic] de slachtoffers zich tegen de onderhavige aanslag succesvol te verdedigen dan wel daaraan te ontvluchten.’³³²

Het *samenwerkingsdoel* bestond enkel uit het vermoorden van Ping Tou. In het cassatiemiddel werd gesteld dat uit de bewijsmiddelen niet blijkt dat het opzet van de verdachte was gericht op het doden van Wang Xin, het slachtoffer van het samenhangende delict. Het hof zou de bewezenverklaring van het medeplegen van die doodslag ontoereikend hebben gemotiveerd. Volgens A-G Keijzer heeft

326 HR 14 oktober 2003, LJN AJ1396, NJ 2004, 103. Deze zaak is al eerder kort beschreven in het kader van het vereiste schuldverband voor samenhangende delicten. Zie paragraaf 3.4.3.

327 Alias ‘Peking Chinees’, ‘Qá’, ‘Wang Dong’.

328 Een van de medeplegers verklaarde: ‘Er werd niet afgesproken wie zou schieten. We hadden wel allemaal een mes (r.o. 3.2.2, bewijsmiddel 2).’

329 R.o. 3.2.2, bewijsmiddel 9.

330 R.o. 3.2.2, bewijsmiddel 13.

331 R.o. 3.2.2, bewijsmiddel 10 en 13.

332 R.o. 3.3.

het hof dat opzet inderdaad niet vastgesteld, maar kan dit wel worden afgeleid uit de omstandigheid dat het viertal Ping Tou opwachtte bij het snookercentrum; die locus delicti schept de kwade kans dat het beoogd slachtoffer niet alleen is en dat een hem vergezellende derde ook zal worden gedood.³³³ De A-G meent dat het probleem is gelegen in de afwezigheid van bewuste en nauwe samenwerking ten aanzien van de doodslag op Wang Xin: niet blijkt dat het doden van Wang Xin ‘was voorzien in een gemeenschappelijk vooropgezet plan’ en ook overigens blijkt niet van een (stilzwijgende) ‘wilsovereenstemming’.³³⁴

Volgens de Hoge Raad is het hof ‘klaarblijkelijk’ van oordeel geweest dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op de dood van Wang Xin. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk:

‘Blijkens de gebezigde bewijsmiddelen heeft het Hof vastgesteld:

- a) dat de verdachte en zijn drie mededaders het plan hebben opgevat om [Ping Tou] van het leven te beroven;
- b) dat zij zich daartoe in de late avond of de nacht van 13 of 14 augustus 1997 naar een snookercentrum hebben begeven waar die [Ping Tou] geregeld kwam en waar deze ook toen was en dat zij daar hebben gewacht tot [Ping Tou] naar buiten zou komen;
- c) dat een van verdachtes mededaders was gewapend met een geladen pistool en dat alle betrokkenen een mes bij zich hadden;
- d) dat men met zijn vieren was gekomen om de vlucht van [Ping Tou] te voorkomen;
- e) dat toen vervolgens [Ping Tou] naar buiten kwam in gezelschap van Wang Xin, verdachtes mededader eerst op [Ping Tou] en vervolgens op Wang Xin heeft geschoten die van de door [Ping Tou] bereden fiets afvielen;
- f) dat Wang Xin heeft getracht te vluchten, doch deze is gevallen waarna hij door een van verdachtes mededaders, meermalen met een mes is gestoken;
- g) dat de verdachte en een van zijn mededaders zodanig positie hadden gekozen dat de twee mannen niet konden wegluchten.

‘s Hof’s klaarblijkelijke oordeel dat verdachtes opzet in elk geval in voorwaardelijke zin ook gericht was op de dood van Wang Xin, is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat de betrokkenen, die allen gewapend waren, genoemde [Ping Tou] bij een *voor het publiek toegankelijk snookercentrum* hebben opgewacht en dat de verdachte, toen [Ping Tou] in gezelschap van een ander, Wang Xin, naar buiten kwam zijn *rol is blijven vervullen*, ook toen Wang Xin probeerde te vluchten en toen, nadat zulks was mislukt, deze door een van verdachtes mededaders meermalen met een mes werd gestoken [cursiveringen, AP].³³⁵

De voor medeplegen vereiste ‘bewuste en nauwe samenwerking’ wordt in deze herformulering niet expliciet genoemd. Waarschijnlijk moet de verklaring daarvoor worden gevonden in het feit dat het cassatiemiddel zich enkel richt op de bewezenverklaring van verdachtes opzet op die doodslag (en dus niet op de

333 Zie CAG Keijzer, punt 24.

334 CAG Keijzer, punt 12. Daarbij zou ook de bijdrage van de verdachte aan de totstandkoming van dat delict niet essentieel zijn. Dat punt laat ik buiten beschouwing.

335 R.o. 3.4–3.5.

voor medeplegen vereiste samenwerking).³³⁶ Helder is dat de keuze voor deze locus delicti maakt dat het tot de risicosfeer van het gezamenlijk plan behoort, dat derden het doelwit Ping Tou vergezellen. Of dat op zichzelf al voldoende zou zijn voor (voorwaardelijk) dodingsopzet op *andere* slachtoffers dan Ping Tou, blijft vanzelfsprekend in het midden. Het bewijs van dat opzet steunt immers ook op de blijvende rolvervulling – in drie stadia – door de verdachte.³³⁷

Reijntjes knoopt aan bij die blijvende rolvervulling, en betwist dat daaruit mag worden opgemaakt dat de verdachte *voorwaardelijk opzet* heeft gehad op de dood van Wang Xin.³³⁸ Ik begrijp Reijntjes zo, dat in een zaak als deze enkel voorwaardelijk opzet is bewezen in geval van een ‘zo aanmerkelijke kans [op de dood van Wang Xin, AP] (...), dat het verantwoord is om uit het *enkele* bestaan daarvan af te leiden dat de verdachte zich ervan bewust moet zijn geweest, en zich er dus ook bewust van was.’³³⁹ De bewijssprong die de feitenrechter heeft gemaakt, is in zijn ogen dus te groot. Ik volg dat niet: het voorwaardelijk opzet lijkt af te leiden uit de omstandigheid dat de verdachte in drie stadia zijn rol bleef vervullen – het voorkomen van de vlucht van Ping Tou én Wang Xin – terwijl hij waarnam dat zijn mededaders op Wang Xin schoten en hem daaropvolgend messteken toebrachten.

Het voornaamste probleem is in mijn ogen het punt dat A-G Keijzer opwerpt in zijn conclusie: uit de bewijsmiddelen kan niet volgen dat (stilzwijgend) is samengewerkt ten aanzien van de dodingshandeling met betrekking tot Wang Xin. Mag die *feitelijke delictshandeling* voor rekening komen van de verdachte, los van de vraag of de verdachte dodingsopzet heeft? Het door A-G Keijzer gesignaleerde heikele punt wordt in cassatie ondervangen, doordat de Hoge Raad verdachtes ‘blijvende rolvervulling’ opneemt in zijn herformulering van het oordeel van het hof. Uit die rolvervulling volgt dat de verdachte, geconfronteerd met dodingshandelingen die buiten het gezamenlijk plan vallen, de samenwerking met zijn mededaders heeft voortgezet. Het ligt dan voor de hand dat de verdachte die handelingen heeft gezien als *uitvoeringshandelingen* van het stilzwijgend gewijzigde gezamenlijk plan. Dat meerdere mededaders geweld hebben toegepast op het slachtoffer, ondersteunt die zienswijze. Verdachtes ‘blijvende rolvervulling’ vervult in deze zaak dus een centrale rol in het bewijs dat de feitelijke delictshandeling in bewuste en nauwe samenwerking is begaan

336 Of dat gelukkig is, nu A-G Keijzer juist de aanwezigheid van die samenwerking in twijfel trekt, is een tweede. Wellicht mocht het hof het *voortduren* van de vereiste samenwerking gronden op de omstandigheid dat de verdachte zijn taak bleef vervullen, ook toen Wang Xin het toneel betrad.

337 De verdachte bleef zijn rol vervullen in drie stadia: op het moment dat Ping Tou met Wang Xin naar buiten kwam (eerste stadium), toen Wang Xin probeerde te vluchten (tweede stadium) en op het moment dat werd ingestoken op Wang Xin (derde stadium). Zie de overweging van de geciteerde overweging van de Hoge Raad (punt g) en verder).

338 Zie Reijntjes 2005, p. 1-2 jo. 11-12.

339 Reijntjes 2005, p. 1-2 jo. 11. Het resultaat – ook de verdachte is medepleger van de doodslag op Wang Xin – stemt Reijntjes overigens wel tevreden, nu de verdachte feitelijk hetzelfde aandeel had in de dood van beide slachtoffers. Volgens de schrijver zou echter moeten worden onderkend dat het in wezen gaat om toerekening. In paragraaf 3.4.4 is gebleken dat Reijntjes van oordeel is dat de verdachte in een zaak als in de hoofdttekst beschreven geen dodingsopzet hoeft te hebben.

én de verdachte het vereiste dodingsopzet heeft gehad. Óf sprake was van blijvende rolvervulling is het meest omstreden punt, zoals ook de conclusie van A-G Keijzer laat zien.

5.4 Delict valt buiten gezamenlijk plan

De bewuste en nauwe samenwerking blijkt zich in de rechtspraak ook te kunnen uitstrekken tot een opzetdelict dat valt *buiten* het gezamenlijke plan, mits de feitelijke delictshandeling voldoende verband houdt met de samenwerking en de medepleger het vereiste delictsoptzet heeft. Alle gevallen die hieronder worden behandeld, blijken aan die voorwaarden te voldoen. De eerste subcategorie omvat casus waarin het delict vooral lijkt voort te vloeien uit eigengereid optreden van de mededader; de mededader handelt niet op basis van het gezamenlijk plan, maar trekt eerst en vooral zijn eigen plan. Het Bacchus-arrest is een voorbeeld van een zaak die tot de tweede subcategorie behoort. Kenmerkend daarvoor is dat de begane delicten het eindpunt vormen van een toenemende geweldsspiraal.

5.4.1 Eigengereid optreden van de mededader

Deze subgroep omvat casus waarin het delict zich primair laat typeren als het product van eigengereid optreden van de mededader. Daaronder zijn begrepen situaties waarin de mededader bijvoorbeeld een vuurwapen bij zich draagt ten tijde van de uitvoering van het gezamenlijk plan. Wanneer de medepleger weet van dat vuurwapen, dan wordt zijn aansprakelijkheid voor een delict dat het resultaat is van het *gebruik* van dat wapen in de rechtspraak vrij gemakkelijk aangenomen.³⁴⁰ Bij de afbakening van de aansprakelijkheid van de medepleger spelen dan weer twee kwesties. In de eerste plaats zal het de vraag zijn of en, zo ja, op basis van welke feiten en omstandigheden het gebruik van het vuurwapen – hoewel geen deel uitmakend van het gezamenlijk plan – in bewuste en nauwe samenwerking is begaan. In de tweede plaats speelt de kwestie of de medepleger het vereiste opzet heeft op het delictsgevolg van dat vuurwapengebruik.

In HR 4 mei 1993, *DD* 93.400³⁴¹ draait het om een door twee personen begane overval op een tankstation. Een aantal dagen daarvoor had de verdachte samen met zijn mededader al een overval gepleegd op een ander tankstation – de verdachte bleef in de vluchtauto zitten, de mededader betrad met geladen pistool het tankstation op zoek naar buit – waarbij de mededader een pompbediende had gedood (feit 1). De tweede overval (feit 2) wordt gepleegd met dezelfde taakverdeling en met hetzelfde resultaat: de pompbediende wordt van het leven beroofd door de mededader. Het hof veroordeelt de verdachte wat betreft de eerste overval voor diefstal met geweld door twee of meer personen, de dood tot gevolg hebbend (art. 312 lid 3). Uit de vrijspraak van de primair tenlastegelegde gekwalificeerde doodslag volgt dat de wetenschap dat de mededader een

³⁴⁰ In die zin ook CAG Jörg, punt 10 bij HR 25 november 2008, LJN BF331.

³⁴¹ HR 4 mei 1993, nr. 94.011. In *DD* 93.400 zijn alleen de overwegingen van de Hoge Raad opgenomen.

vuurwapen bij zich draagt in de ogen van dit hof klaarblijkelijk niet zonder meer betekent dat de medepleger dodingsopzet heeft. Inzake de tweede overval wordt de verdachte wel veroordeeld voor het medeplegen van gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr).³⁴² Het cassatieberoep richt zich uitsluitend op de veroordeling voor het tweede feit: het opzet van de verdachte zou (ook) bij deze overval enkel gericht zijn geweest op diefstal met geweld, en niet op het doden van de pompbediende.

Uit de bewijsmiddelen van het hof volgt dat het tweetal naar het bewuste tank-station is gegaan om de pompbediende van dat station te overvallen. De verdachte weet dat zijn kompaan een geladen pistool bij zich draagt. De verdachte beseft ook dat zijn kompaan een aantal dagen daarvoor met dat wapen een pompbediende heeft doodgeschoten, in het kader van de vorige overval (feit 1). Daarom heeft hij ‘bij herhaling’ tegen zijn mededader gezegd ‘dat er ditmaal geen dode moest vallen’. Bij binnenkomst van het pompstation vuurt de mededader onmiddellijk een aantal schoten af op de pompbediende. Daarna slaat hij met zijn vuurwapen in op diezelfde bediende. Het doel dat de mededader daarmee voor ogen heeft gehad, was, zo blijkt uit de bewijsmiddelen, het gemakkelijker maken van het wegnemen van de portemonnee van de pompbediende en het voorkomen van een latere herkenning door diezelfde bediende.

Het hof komt tot een bewezenverklaring van het medeplegen van gekwalificeerde doodslag: ‘Door onder deze omstandigheden de [mededader] bij deze overval weer met voormeld pistool – waarvan verdachte wist dat het geladen was – het tankstation binnen te laten gaan, heeft de verdachte zich *willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat de pompbediende bij de overval met dat pistool door [mededader] gedood zou worden* [cursivering, AP]. De verdachte heeft aldus gehandeld met het voor medeplegen van (gekwaltificeerde) doodslag vereiste opzet.’ Volgens de Hoge Raad heeft het hof tot dat oordeel kunnen komen.

Dat de verdachte *voorwaardelijk opzet* heeft gehad op de dood van de pompbediende is op basis van de bewijsmiddelen als volgt te begrijpen: uit zijn waarschuwende woorden kan worden opgemaakt dat hij zich, ook gelet op zijn wetenschap van de dodelijke afloop van de eerdere overval, terdege ‘bewust’ is geweest van de kwade kans dat de overval weer een fatale afloop zou hebben.³⁴³ Uit het desondanks doorzetten van de geplande overval mag de feitenrechter dan klaarblijkelijk afleiden dat de medepleger die kwade kans heeft ‘aanvaard’.

Kennelijk is volgens het hof ook de *feitelijke delictshandeling* (het schieten met het vuurwapen) van de mededader in bewuste en nauwe samenwerking begaan. In cassatie werd dat overigens niet betwist. Voor het oordeel van het hof pleit dat uit de bewijsmiddelen volgt dat de mededader zijn dodingshandeling

342 De mededader wordt veroordeeld voor het *plegen* van gekwalificeerde doodslag (feit 1) en het *medeplegen* van gekwalificeerde doodslag (feit 2). Zie HR 4 mei 1993, nr. 94.012 (ten dele gepubliceerd in DD 93.401).

343 Zie voor een geval waarin verdachtes wetenschap van een eerdere uitvoering met dezelfde modus operandi van betekenis is voor de vaststelling van zijn medeplegerschap: HR 12 november 1996, NJ 1997, 190.

verrichtte om het samenwerkingsdoel (het wegnemen van de buit) gemakkelijker te kunnen verwezenlijken. Uit het hiervoor behandelde Veghel-arrest (beoogde afrekening in een bevolkt schoolgebouw) lijkt te volgen dat ook de Hoge Raad betekenis toekent aan die omstandigheid. In ander opzicht gaat het hof in deze zaak verder dan wat spreekt uit het Veghel-arrest. De feitelijke delictshandeling maakte immers *geen* deel uit van het gezamenlijk plan; in deze zaak wilde de verdachte *niet* dat zijn mededader zou schieten, terwijl de mededader in het Veghel-arrest juist *moest* schieten van de medepleger. In de overvalcasus spreekt het naar mijn mening dan ook niet vanzelf dat de dodingshandeling in samenwerking is begaan. Temeer nu de mededader zijn schoten niet heeft gelost in een situatie die zonder meer tot de risicosfeer van het gezamenlijk plan behoort – bijvoorbeeld: de pompbediende verzet zich gedurende de overval waarna de mededader zijn vuurwapen inzet; een eventueel verzet is een typisch risico dat kleeft aan een gewapende overval. De mededader loste zijn schoten daarentegen direct na binnenkomst in het tankstation, zonder aanleiding daartoe. Een en ander maakt dat deze feitelijke delictshandeling vooral kan worden getypeerd als eigengereid optreden van de mededader. Klaarblijkelijk kan ook dát tot de risicosfeer van de bewuste en nauwe samenwerking behoren, waarbij waarschijnlijk een belangrijke rol heeft gespeeld dat ook de eerste overval een dodelijke afloop kende.

Bovengenoemde zaak staat niet op zichzelf. In *NJ* 1998, 426 ging het om een woninginbraak, gevolgd door vuurwapengeweld van de mededader tegen twee politieagenten. Door dat geweld liep een van de agenten zwaar lichamelijk letsel op.

In deze zaak pleegt de verdachte met zijn mededader een woninginbraak. De verdachte weet dat zijn handlanger ten tijde daarvan een vuurwapen bij zich draagt. Tijdens de uitvoering van het plan worden ze betrapt door twee politieagenten. De mededader verwondt daarop een van die agenten door op hem te schieten. Het hof acht ook de verdachte aansprakelijk voor dat geweld en het zwaar lichamelijk letsel dat de agent als gevolg daarvan oploopt (art. 312 lid 2 sub 4 Sr); de verdachte heeft naar 's hofs oordeel voorwaardelijk opzet gehad op het geweld.³⁴⁴ Daarbij heeft de verdachte niet geprobeerd te voorkomen dat zijn maat geweld zou toepassen.

In cassatie stelt de verdediging onder andere dat de verdachte geen opzet had op het vuurwapengebruik, en dat de verdachte op de locus delicti niet in de gelegenheid is geweest om zich van het gedrag van zijn mededader te distantiëren. A-G Fokkens acht het middel ongegrond, omdat het hof uit de bewijsmiddelen de conclusie heeft mogen trekken dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op vuurwapengebruik bij betraping op heterdaad.

Ook in de ogen van de Hoge Raad is 's hofs oordeel dat de verdachte voorwaar-

344 De verdachte is met zijn gewapende mededader meegegaan, 'daarmee willens en wetens de geenszins denkbeeldige kans aanvaardend dat bij betraping op heterdaad het wapen door zijn mededader zou worden gebruikt'.

delijk opzet heeft gehad op ‘geweld’, niet onbegrijpelijk. Dat de verdachte op de locus delicti mogelijk niet in de gelegenheid is geweest om zich te distantiëren, staat volgens de Hoge Raad niet in de weg aan dat oordeel nu ‘de verdachte zich niet reeds in een eerder stadium, namelijk toen hem duidelijk werd dat de ander gewapend was, heeft gedistantieerd’.³⁴⁵ Uit de enkele wetenschap dat zijn mededader een vuurwapen bij zich droeg mocht dus al worden afgeleid dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op het begaan van kwalificerend geweld door zijn mededader.

Vanuit de literatuur is gewezen op de wankelende basis waarop de vaststelling van opzet in deze zaak rust: verdachtes wetenschap van dat wapen laat evengoed de mogelijkheid open dat hij zich *niet bewust* is geweest van de kwade kans op het gebruik daarvan – wellicht voerde de mededader altijd een wapen met zich mee, van eerder wapengebruik als in het arrest DD 93.400 bleek immers niet – en/of dat hij die kans niet heeft *aanvaard*.³⁴⁶ Daaraan wordt een retorische vraag gekoppeld: hecht de rechter wel betekenis aan wat de medepleger precies voor ogen heeft gestaan? Knigge stelt in dat verband: ‘wat als feitelijk oordeel wordt gepresenteerd, zou wel eens een normatief oordeel kunnen zijn. Wie uit inbreken gaat, wetend dat zijn mededader een schietwapen bij zich heeft, is aansprakelijk voor het eventuele geweld waarmee de inbraak gepaard gaat. Dat geweld wordt hem toegerekend, onverschillig wat hem precies heeft beziel’d.³⁴⁷ En onverschillig of de feitelijke delictshandeling wortelt in het gezamenlijk plan dan wel moet worden getypeerd als een bevlieging van de mededader, zou ik daaraan willen toevoegen.’³⁴⁸

In HR 25 november 2008, LJN BF3310 raakt de verdachte pas op de locus delicti op de hoogte van het feit dat zijn mededader een vuurwapen bij zich draagt, op het moment dat die mededader dat wapen richt op het latere slachtoffer. Door desondanks de samenwerking met die mededader voort te zetten, is ook de verdachte medepleger van de daaropvolgende moord.

Verdachte en zijn mededader spreken af om het slachtoffer – met wie beiden een appeltje te schillen hebben – ‘bang te maken’ (*samenwerkingsdoel*).³⁴⁹ De mededader deelt de verdachte mee dat er ‘flinke klappen zouden kunnen vallen’. De verdachte stemt daarmee in. Het slachtoffer wordt naar een afgelegen plek gelokt. Kort nadat het slachtoffer op die plek arriveert, trekt de mededader een vuurwapen en richt dat op het slachtoffer. De verdachte distantieert zich niet van zijn mededader, maar trekt een draagtas uit handen van het slachtoffer. Vervolgens wordt

345 R.o. 5.1.

346 Zo Knigge 2003, p. 293–294. In gelijke zin De Jong 2009b, p. 155.

347 Knigge 2003, p. 294.

348 Uit het arrest lijkt te volgen dat de verdachte en zijn mededader in het geheel niet hebben gesproken over eventueel toe te passen geweld. In dat opzicht lijkt hun plan dus onbepaald te zijn geweest. De verdachte was in ieder geval niet van zins zich koste wat kost te verdedigen; afgaande op de toelichting bij het cassatiemiddel blijkt uit de bewijsmiddelen dat de verdachte zich onmiddellijk overgaf aan de politie op het moment dat hij en zijn mededader werden overlopen.

349 Zie voor de door het hof vastgestelde gang van zaken: CAG Jörg, punt 5.

het slachtoffer in twee series neerschoten door de mededader; op enkele passen afstand van het slachtoffer vuurt hij twee schoten, waarna hij naar het slachtoffer toeloopt en van dichtbij zeven schoten lost. Daarop nemen de verdachte en zijn mededader gezamenlijk de benen, zonder zich te bekommeren om het slachtoffer.

Op basis hiervan veroordeelt het hof ook de verdachte voor het medeplegen van moord. Uit de nadere bewijsoverweging van het hof blijkt dat voor het hof van betekenis is geweest dat 1) het toepassen van geweld was ingebakken in het aanvankelijke plan, 2) de verdachte wist dat zijn mededader een vuurwapen in huis had, hij de mededader wel eens met een vuurwapen heeft zien schieten en hij wist dat als er een vuurwapen in het spel is dat dit mogelijkwerijs wordt gebruikt, 3) de verdachte zag dat de mededader het vuurwapen richtte op het slachtoffer, 4) de verdachte zich niet distantieerde van die situatie, maar een draagtas van het slachtoffer ontvreemde, en dat hij zich evenmin distantieerde op het moment dat zijn mededader de eerste serie schoten had gelost, 5) de voorbedachte raad van de verdachte kan worden afgeleid uit de feitelijke gang van zaken – ik veronderstel dat het hof doelt op het niet-distantiëren door de verdachte – waaruit volgens het hof volgt dat de verdachte tijd had zich te beraden op ‘het te nemen of het genomen besluit’. Dit oordeel acht A-G Jörg niet onbegrijpelijk.³⁵⁰ De Hoge Raad doet de zaak af onder verwijzing naar art. 81 RO.

Verdacht ‘bewustheid’ van de kwade kans op de dood van het slachtoffer volgt overduidelijk uit zijn waarneming dat de mededader plotseling een vuurwapen op het slachtoffer richt. Dat schept de kwade kans dat zijn mededader dit vuurwapen met dodelijk gevolg zal gebruiken. Verdacht ‘aanvaarding’ van die kans lijkt, net als de in paragraaf 5.3.2 beschreven liquidatie voor het snookercentrum (NJ 2004, 103), te mogen worden afgeleid uit het voortzetten van de samenwerking. Het continueren daarvan, terwijl men zich bewust is van de kwade kans op de dood van het slachtoffer, maakt dat de bewuste en nauwe samenwerking zich in voorwaardelijke zin ook kan uitstrekken tot de dood van het slachtoffer.³⁵¹

Met het ten tonele brengen van het vuurwapen wordt de samenwerking voorzien van een risico: dat wapen kan met dodelijk gevolg worden gebruikt. Een typisch risico in dat verband, is bijvoorbeeld het geval dat het slachtoffer zich verzet tegen het wegnemen van de draagtas door de verdachte. De dood van het slachtoffer lijkt echter niet de verwezenlijking te zijn van een dergelijk risico. Net als het geval is in beide andere arresten in deze subcategorie, lijkt de dodingshandeling ook in deze zaak het resultaat te zijn van eigenmachtig optreden van de mededader en niet van een gezamenlijke voortzetting van de samenwerking. De door het hof vastgestelde feiten schetsen het beeld van een mededader die – zonder overleg met de verdachte en zonder dat het gedrag van het slachtoffer daartoe aanleiding gaf – uit eigen beweging besluit dat het gezamenlijk afgesproken geweld moet plaatsmaken voor een dodelijke afrekening.

³⁵⁰ Zie CAG Jörg, punt 7 en 11.

³⁵¹ Die invulling van het aanvaardingsvereiste wordt ook naar voren gebracht en onderschreven door A-G Jörg: ‘Zo hij [verdachte, AP] (...) volhardt in de verdere uitvoering van wat hij met zijn mededader wel heeft afgesproken, neemt hij de kwade afloop mijns inziens op de koop toe.’ Zo CAG Jörg, punt 10.

Dat wekt de indruk dat de vraag of de *mededader* de feitelijke delictshandeling al dan niet heeft beschouwd als een *gezamenlijke* voortzetting van de samenwerking, geen factor van betekenis is. Kennelijk heeft het hof deze dodingshandeling toch mogen aanmerken als een handeling die in *bewuste en nauwe samenwerking* is begaan.

5.4.2 Toenemende geweldsspiraal

In de zaak Bacchus³⁵² heeft de verdachte de beschikkingsmacht over het vuurwapen overgelaten aan zijn mededader. Het *samenwerkingsdoel* was, zo stelt het hof vast, om het café ‘Bacchus’ te betreden. De medeplegers werden echter niet binnengelaten door de portiers. Met het oog op het verkrijgen van toegang tot dat café (doel), vuurde de mededader een aantal kogels af op een portier (middel). Daardoor werden drie slachtoffers getroffen, waarvan twee dodelijk.

Deze zaak roept twee vragen op. In de eerste plaats is het de vraag of de feitelijke delictshandelingen van de mededader zijn begaan in bewuste en nauwe samenwerking. In het verlengde daarvan is het in de tweede plaats de vraag of het delictsoptzet van de verdachte is gericht op de door de mededader gerealiseerde levensdelicten. Deze kernvragen komen hieronder aan bod.

De zaak kenmerkt zich door een toenemende geweldsspiraal, waaraan de verdachte actief heeft bijgedragen.³⁵³ De verdachte, zijn broer en zwager zijn eerder op de avond café Bacchus uitgezet, nadat de verdachte een conflict heeft gehad met Albanezen. Eenmaal buiten uiten de verdachte en zijn broer doodsb bedreigingen aan het adres van de portiers. Vervolgens loopt het drietal naar een bar waarvan de verdachte eigenaar is. De verdachte duikelt daar een vuurwapen op. Dat vuurwapen wordt hem door zijn broer afgenomen. Deze stopt dat wapen in zijn eigen broeksband. Gedrieën keren ze terug naar Bacchus. De verdachte roept ‘dat hij ze zal laten smeken’. Aangekomen bij de toegangsdeur ontketenen de verdachte en zijn mededader ‘heftig verbaal en lichamelijk geweld’.³⁵⁴ De toegangsdeur blijft echter voor hen gesloten. Daarop trekt de broer het vuurwapen, en schiet hij meerdere keren gericht op een voor hem zichtbare portier, die zich bevindt aan de andere kant van de gesloten deur. Niet de portier maar drie bezoekers worden getroffen, waarvan twee dodelijk. De verdachte heeft ‘er van moeten uit gaan’ dat zijn broer het afgepakte vuurwapen bij zich droeg, aldus het hof.³⁵⁵

Het hof veroordeelt de verdachte voor tweemaal het medeplegen van doodslag en eenmaal het medeplegen van poging tot doodslag.³⁵⁶ Van betekenis is dat het hof partieel

352 HR 8 mei 2001, LJN AB1472, NJ 2001, 480.

353 Bij gebreke van gepubliceerde bewijsmiddelen is de feitelijke gang van zaken mede geschetst aan de hand van de conclusie van A-G Jörg.

354 Zie ook CAG Jörg, punt 4 bij HR 8 mei 2001, LJN AB1473. Het betreft de conclusie naar aanleiding van het ingestelde cassatieberoep in de strafzaak tegen de broer van de verdachte.

355 R.o. 8.3: ‘Gelet op deze korte tijdspanne heeft verdachte er van moeten uitgaan dat de broer van verdachte het pistool nog bij zich had toen verdachte, zijn broer en diens zwager bij Bacchus aankwamen en daar (weer) naar binnen wilden.’

356 De veroordeling voor het medeplegen van het voorhanden hebben van een vuurwapen, laat ik buiten beschouwing. Zie voor het arrest in de zaak tegen de broer van de verdachte (mededader): HR 5 mei 2001, LJN AB1473. Zie voor het arrest van het hof ’s-Gravenhage in de zaak tegen de zwager van de

vrijspreekt ten aanzien van de tenlastegelegde ‘voorbodachte raad’. Uit de omstandigheid dat de broer het pistool van de verdachte afpakte ‘omdat hij bang was voor de consequenties indien [verdachte] het pistool bij zich zou houden’, volgt volgens het hof dat de broer de schoten *niet* met voorbodachte raad heeft afgevuurd.³⁵⁷ Klaarblijkelijk is het hof van oordeel dat het opzet van de broer – en dus ook de bewuste en nauwe samenwerking – op dat moment niet was gericht op het met dodelijk gevolg aanwenden van het vuurwapen.

Het verweer van de verdediging dat verdachte opzet zich niet uitstrekt tot het afvuren van kogels door zijn broer – gelet op diens zachtmoedige aard – weerlegt het hof door te wijzen op een deskundigenverklaring (de broer is weliswaar ‘zachtmoedig van aard’, maar zeer wel ‘tot gewelddadigheid in staat’ als ‘hij op zijn tenen loopt’) en de omstandigheid dat zijn broer eerder op de avond gewelddadig is geweest. Het hof overweegt: ‘Op grond daarvan had verdachte *rekening moeten houden* [cursi-vering, AP] met de aanmerkelijke kans dat zich bij de uitvoering van het gezamenlijk plan Bacchus (weer) binnen te komen gewelddadig zou betonen en de schoten zou afvuren die hij heeft afgevuurd.’ Door desondanks voor de toegangsdeur met zijn broer heftig verbaal en fysiek geweld te ontwikkelen en de portiers uit te dagen om hen binnen te laten, ‘heeft verdachte de aanmerkelijke kans aanvaard dat zijn broer hun gemeenschappelijk verlangen Bacchus binnen te komen kracht zou bij zetten door te schieten op de portier die deze door het ruitje in de deur van Bacchus zag’. Daarbij heeft de verdachte opzet gehad op de dodelijke gevolgen van dat schieten.³⁵⁸

Volgens de Hoge Raad moeten de overwegingen van het hof zo worden begrepen ‘dat tussen de verdachte en diens mededader van een zodanige bewuste en nauwe samenwerking sprake was dat zij de feiten tezamen en in vereniging hebben gepleegd, meer in het bijzonder dat het voorwaardelijk opzet van de verdachte was gericht op het gebruik van het vuurwapen door zijn mededader en op de levensberoving van de slachtoffers. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is, mede gelet op de door het Hof vastgestelde gang van zaken voorafgaande aan het schieten en de actieve rol van de verdachte daarbij.’³⁵⁹

Het oordeel dat de verdachte heeft te gelden als medepleger van de levensdelicten, wordt gedeeld door de A-G en kan op bijval rekenen vanuit de literatuur.³⁶⁰ Dat oordeel is voornamelijk gestoeld op de actieve rol die de verdachte speelde bij de reeks gewelddadigheden die avond; hij uitte zelf

verdachte (veroordeeld voor overtreding van art. 141 Sr; niet gebleken was dat deze zwager rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat de verdachte of zijn mededader een vuurwapen bij zich droeg): hof ’s-Gravenhage, 29 maart 2000, LJN AA5303.

357 R.o. 8.2.

358 Dat delictopzet leidt het hof af uit de omstandigheid dat het druk was in Bacchus op het moment dat de drie het café werden uitgezet en dat, ‘- mede gelet op het tijdstip – [was] te verwachten dat zich achter de buitendeur ook andere personen zouden kunnen bevinden dan een of meer portiers. Daardoor hebben verdachte en zijn broer willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard en op de koop toegenomen dat de afgevuurde schoten die ander[e] personen zouden kunnen raken en dat die andere personen daarbij gedood zouden kunnen worden (r.o. 8.6).’

359 R.o. 4.4.

360 CAG Jörg, punt 16–28 bij HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480; Knigge 2003, p. 318–319.

doodsbedreigingen en hij leverde een bepalend aandeel aan de dodelijke escalatie door het vuurwapen in het spel te brengen, met het kennelijke doel het zelf te kunnen gebruiken. Op basis daarvan wordt aannemelijk geacht dat de verdachte het lossen van de dodelijke schoten *niet* zal hebben beschouwd als handelingen die het gezamenlijke doel om café Bacchus te betreden, te buiten gingen: ‘In feite heeft zijn broer gedaan wat [verdachte] wilde maar zijn broer verhinderde, door het vuurwapen af te pakken’.³⁶¹ Aangenomen wordt dus dat ook de verdachte bereid was om het vuurwapen als middel te gebruiken om het café binnen te komen.

Die bereidheid gekoppeld aan verdachtes actieve rol, maken hem op zichzelf echter niet tot medepleger van de dodingshandelingen. Daarvoor moet worden bewezen dat de feitelijke delictshandelingen (het schieten) zijn begaan in de vereiste samenwerking én dat de verdachte opzet heeft gehad op de dodelijke gevolgen daarvan. Met het oog op het eerste is te begrijpen dat het hof het schieten door de mededader in verband brengt met het *samenwerkingsdoel*: de geloste schoten zouden het gemeenschappelijke verlangen om het café te betreden ‘kracht bij zetten’ (middel). Het toekennen van die betekenis aan het lossen van de schoten, maakt het verdedigbaar die *feitelijke delictshandelingen* te bestempelen als uitvoeringshandelingen van de bewuste en nauwe samenwerking; in de waardering van het hof stelt de mededader het vuurwapengeweld immers ten dienste aan het samenwerkingsdoel.³⁶² Voor het bewijs dat de verdachte *voorwaardelijk opzet* heeft gehad op de dood van de slachtoffers, kan op basis van de feitelijke vaststellingen van het hof, niet worden aangeknoopt bij de inhoud van het gezamenlijk plan; blijkens die vaststellingen omvat dat plan immers niet het als middel inzetten van vuurwapengeweld. Vermoedelijk verklaart dit dat het hof het bewijs van dodingsopzet doet steunen op de vaststelling dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op de feitelijke delictshandelingen van de mededader.³⁶³ Omdat de *mededader* over het vuurwapen beschikte en uiteindelijk de schoten loste, moest worden vastgesteld dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op het lossen van schoten door die mededader. Aan de hand daarvan kan worden bewezen dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op het realiseren van de levensdelicten. Er bestaat echter verschil van mening over het antwoord op de vraag of die belangrijke vaststelling – dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard op het lossen van schoten door zijn mededader – verdedigbaar is.

A-G Jörg oordeelt dat dit opzet aanwezig is bij verdachte, in de kern op basis van de hierboven genoemde redenen.³⁶⁴ Knigge ziet deze zaak daarentegen

361 Zo CAG Jörg, punt 20–21 bij HR 8 mei 2001, *NJ* 2001, 480. In gelijke zin Knigge 2003, p. 318–319.

362 Zou de mededader echter op een willekeurige voorbijganger hebben geschoten, dan levert dat een *contra-indicatie* op. Een dergelijke feitelijke delictshandeling houdt immers niet of nauwelijks verband met het samenwerkingsdoel dat de medeplegers voor ogen hebben; het betreden van café ‘Bacchus’.

363 Zie ook de in de hoofdttekst opgenomen herformulering van de Hoge Raad.

364 Wetend dat zijn mededader het vuurwapen bij zich droeg, heeft de verdachte met zijn broer weer de confrontatie opgezocht. Vervolgens heeft hij voor de toegangsdeur van Bacchus actief bijgedragen aan het scheppen van een gewelddadige sfeer waarin zijn broer op zijn tenen kwam te lopen. Uiteindelijk

als een voorbeeld dat de vaststelling van het delictsoptzet duidt op verholen toerekening. In zijn ogen kan uit de vastgestelde feiten niet worden afgeleid dat de verdachte zich de *kans* heeft voorgesteld dat zijn broer zou schieten (het pistool was hem afgenomen om te voorkomen dat het zou worden gebruikt), laat staan dat hij die kans als *aanmerkelijk* heeft ingeschat.³⁶⁵ De inzet van dit geweldsmiddel kwam voor hem onverwacht. Het verschil van opvatting tussen Jörg en Knigge is deels terug te voeren op een waardering van de feiten: Jörg beschouwt het ‘afpakken van het wapen’ niet als een contra-indicatie voor het opzet van de verdachte, Knigge doet dat wel. De toerekening van het geweld aan de verdachte is volgens Knigge wel ‘acceptabel’. De wijze waarop die toerekening plaatsvindt – het op basis van deze feiten en omstandigheden bewezen verklaren van (voorwaardelijk) opzet op het gebruik van het vuurwapen – maakt echter dat aan het opzetvereiste een oneigenlijke invulling wordt gegeven. Knigge laat in het midden hoe aan die toerekening dan wél handen en voeten moet worden gegeven.

5.5 Tussenconclusies

5.5.1 De risicosfeer van de bewuste en nauwe samenwerking

De behandeling van de in paragraaf 5.3 en 5.4 opgevoerde arresten laat zien dat de ‘bewuste en nauwe samenwerking’ een groter bereik heeft dan de omvang van het gezamenlijk plan (het samenwerkingsdoel plus de daaraan verbonden uitvoeringsaspecten). Die samenwerking heeft een risicosfeer: de medepleger is in aanleg ook verantwoordelijk voor een *feitelijke delictshandeling* van zijn mededader, die enkel meer of minder verband houdt met het gezamenlijk plan.³⁶⁶

In paragraaf 5.3 bleek, aan de hand van de casus rondom een gewapende bankoverval, dat de bewuste en nauwe samenwerking zich kan uitstrekken tot feitelijke delictshandelingen (vuurwapengeweld) die zijn ingecalculeerd; uit het samenwerkingsdoel om koste wat kost met lijf en buit te ontvluchten, mocht worden afgeleid dat het inzetten van vuurwapengeweld in samenwerking is begaan. De feitelijke delictshandelingen waren geworteld in het *samenwerkingsdoel*, en hadden daarmee een basis in het gezamenlijk plan. Om die reden ligt het voor de hand dat deze handelingen gelden als begaan in bewuste en nauwe samenwerking. Datzelfde geldt voor de twee zaken – te weten de zaak Veghel (beoogde afrekening in een bevolkt schoolgebouw) en NJ 2004, 103 (liquidatie bij de uitgang van een snookercentrum) – waarin de delicten als kwade kans besloten bleken te liggen in een uitvoeringsaspect van het gezamenlijk plan; de keuze voor de locus delicti schiep in beide gevallen het risico dat zich ten

is het min of meer toevallig wie er heeft geschoten: de verdachte had het ook zelf kunnen doen. Op basis daarvan heeft de verdachte voorwaardelijk opzet gehad op het afvuren van kogels door zijn broer. Zie CAG Jörg, punt 6–30.

³⁶⁵ Zie Knigge 2003, p. 318–319.

³⁶⁶ Zie ook paragraaf 5.2.2 waarin nadere aandacht is besteed aan de begrippen ‘risicosfeer’ en ‘gezamenlijk plan’.

tijde van de voorgenomen afrekening meer personen rondom het doelwit zouden bevinden. Dat *uitvoeringsaspect* van het gezamenlijk plan voorzag de samenwerking van een kwade kans; de locus delicti herbergt het risico dat een mededader ook geweldshandelingen verricht ten aanzien van andere personen dan het doelwit. In beide zaken werden die handelingen kennelijk gerekend tot de risicosfeer van de samenwerking. Dat die geweldshandelingen een verwezenlijking waren van het risico dat aan de samenwerking kleefde – en niet buiten de samenwerking om werden verricht – kan worden begrepen in het licht van de vaststelling dat de mededader die geweldshandelingen verrichtte met het oog op het samenwerkingsdoel (Veghel-arrest) onderscheidenlijk dat de medepleger en de andere mededaders een bijdrage leverden aan de niet-afgesproken geweldshandelingen (NJ 2004, 103). Zo is te verklaren dat deze worden geacht te zijn begaan in bewuste en nauwe samenwerking.

Maar ook feitelijke delictshandelingen die *buiten* het gezamenlijk plan vallen – en daarmee in een verder verwijderd verband staan tot dat plan – kunnen toch worden aangemerkt als uitvoeringshandelingen van de bewuste en nauwe samenwerking. Uit de in paragraaf 5.4 behandelde arresten leid ik af dat de risicosfeer van de bewuste en nauwe samenwerking ruim wordt getrokken.

In de zaken die deel uitmaken van de eerste subgroep, moet de feitelijke delictshandeling (vuurwapengeweld) in mijn ogen telkens primair worden getypeerd als eigengereid optreden van de mededader; de geweldshandelingen verwezenlijkten in de eerste plaats een risico dat kleefde aan de persoon van de mededader (en dus niet aan de inhoud van het gezamenlijk plan). Dat bleek in zowel NJ 1998, 426 (overlopen door politie tijdens woninginbraak) als HR 25 november 2008, LJN BF3310 (fors toetakelen van slachtoffer ontaardt in moord) uit het feit dat de aanwezigheid van een vuurwapen bij de delictsuitvoering *geen* deel uitmaakte van het gezamenlijk plan. De medepleger *wist* enkel dat zijn mededader een vuurwapen bij zich droeg. Het aanwenden van dat vuurwapen ten tijde van de delictsuitvoering bleek ook in deze gevallen te behoren tot de risicosfeer van de bewuste en nauwe samenwerking. Ook in de derde zaak, HR 4 mei 1993, DD 93.400 (overval op tankstation), kan de feitelijke delictshandeling primair worden getypeerd als eigengereid optreden van de mededader. Weliswaar was de *aanwezigheid* van het vuurwapen in het gezamenlijk plan opgenomen, maar het *gebruik* daarvan niet. Toch was dat vuurwapen in bewuste en nauwe samenwerking gebruikt. De aanwending van het wapen kwam, net als in HR 25 november 2008, LJN BF3310, *niet* voort uit een risico dat typisch is gegeven met de uitvoering van het gezamenlijk plan – bijvoorbeeld: de pompbediende respectievelijk het toe te takelen slachtoffer verzet zich. Dat roept de vraag op of de mededader wel handelde in lijn met het gezamenlijk plan: verwezenlijkten de geweldshandelingen in deze omstandigheden wel een risico dat kleefte aan de samenwerking of handelde de mededader buiten de samenwerking om? Wat daar ook van zij, ook in HR 4 mei 1993, DD 93.400 bleek de handeling voor rekening te komen van de medepleger.

Het Bacchus-arrest valt in de tweede subgroep. Deze zaak is een vreemde eend in de bijt. Dit geval heeft met de drie arresten van de eerste subgroep

gemeen dat de medepleger enkel *kennis* heeft gehad van de aanwezigheid van een vuurwapen bij zijn mededader, zonder dat iets was afgesproken over het gebruik daarvan. Anders dan in bedoelde arresten, lijkt uit het arrest Bacchus te volgen dat de medepleger zelf geen bezwaar had tegen het gebruik van dat wapen. Dat de *mededader* schoot, leek voor hem onverwacht te komen. Dat die schoten tóch in bewuste en nauwe samenwerking waren begaan, kan worden begrepen vanuit de vaststelling van het hof dat, net als het geval was in de beoogde afrekening in een bevolkte school (Veghel), de mededader schoot met het oog op het bereiken van het samenwerkingsdoel (het betreden van café Bacchus).

5.5.2 Ruime invulling van het voorwaardelijk opzet op delictsbestanddelen

In paragraaf 5.2.1 is beschreven dat bij de vaststelling van het voorwaardelijk opzet van de *pleger* kan worden aangeknoopt bij de delictshandeling die hijzelf verricht. Op die plaats is al aangegeven dat in geval van de *medepleger* geen gebruik kan worden gemaakt van die werkwijze in situaties waarin de mededader de feitelijke delictshandeling verricht. In deze gevallen moet het delictsoptzet van de medepleger uit andere feiten en omstandigheden worden afgeleid. Met het oog daarop lijkt in de rechtspraak een standaardprocedé te worden gevolgd voor de bewezenverklaring van de ‘bewustheid’ (het ‘weten’) en de ‘aanvaarding’ (het ‘willen’) van de kwade kans op intrede van het delictsgevolg.

Het bewijs van deze psychische gesteldheden wordt gevonden in het *tóch voortzetten van de bewuste en nauwe samenwerking* met de mededader. Waar mogelijk wordt die voortzetting gebaseerd op het moment dat de medepleger *tijdens de delictsuitvoering* wordt geconfronteerd met een handeling van zijn mededader, die de kwade kans schept op het delictsgevolg. Zo is bijvoorbeeld het arrest NJ 2004, 103 (liquidatie bij de uitgang van een snookercentrum) te begrijpen: het voorwaardelijk dodingsopzet van de medepleger ten aanzien van de het doelwit vergezellende Wang Xin, volgt uit het blijven samenwerken op het moment dat de mededaders kenbaar een aanvang nemen met het doden van het slachtoffer. Datzelfde procedé wordt gevolgd in HR 25 november 2008, LJN 3310 (fors toetakelen van slachtoffer ontaardt in moord) en HR 10 mei 1994, nr. 97.226 (bankoverval ontaardt in vuurwapengeweld tegen politieagenten); verdachtes voorwaardelijk opzet op het dodelijk gevolg wordt telkens afgeleid uit diens voortzetting van de samenwerking. Met de vaststelling dat de verdachte zich op de locus delicti *niet heeft gedistantieerd* van zijn mededader terwijl daartoe wel gelegenheid bestond, lijkt min of meer hetzelfde te worden bedoeld.³⁶⁷

Diezelfde bewijsredenering – het voorwaardelijk opzet is gebaseerd op het voortzetten van de samenwerking of het niet-distantiëren bij de aanwezigheid van een kwade kans – wordt in de rechtspraak ook wel gevolgd in gevallen waarin de medepleger *lijfelijk afwezig* is bij de delictsuitvoering, als hij deze dus volledig

367 Zie bijvoorbeeld HR 20 januari 1998, NJ 1998, 426. Vgl. ook CAG Jörg, punt 20 bij HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480 (Bacchus). De A-G ziet in het ‘niet-distantiëren’ als een aanwijzing dat het gebeurde het resultaat is van de vereiste samenwerking.

overlaat aan zijn mededader. In die gevallen moet een nog grotere bewijssprong worden gemaakt: het voorwaardelijk opzet wordt dan gegrond op verdachtes houding bij de aanwezigheid van een kwade kans in de *voorfase* van het delict. Het Veghel-arrest (beoogde afrekening in bevolkt schoolgebouw) is daarvan een treffend voorbeeld.³⁶⁸ In die zaak lijkt het bewijs van verdachtes voorwaardelijk dodingsopzet ten aanzien van andere slachtoffers dan het doelwit, in de lucht te hangen; niet alleen is onzeker of de verdachte zich ‘bewust’ is geweest van die kwade kans en of hij die kans heeft ‘aanvaard’ (aard van delictsgevolg), ook blijft in het midden of zijn voorwaardelijk opzet is betrokken op maar liefst vier andere slachtoffers (kwantiteit van delictsgevolg).

Het bezwaar dat sommige schrijvers maken tegen het bewijs van voorwaardelijk opzet in de rechtspraak, lijkt in wezen een kritiek op het hierboven genoemde standaardprocedé: de kritiek luidt dat uit het voortzetten van de samenwerking of het niet-distantiëren bij de *aanwezigheid* van een kwade kans, niet buiten redelijke twijfel volgt dat de medepleger zich van die kans *bewust* is geweest en dat hij deze heeft *aanvaard*.³⁶⁹ De terugkomende elementen in die kritiek zijn dat de vastgestelde feiten de even zo grote mogelijkheid openlaten dat de medepleger zich *niet* bewust is geweest van de aanwezigheid van die kwade kans dan wel die kans *niet* heeft aanvaard.³⁷⁰ Boud gesteld: het opzetoordeel is een slag in de lucht, want er had evengoed sprake kunnen zijn van culpa. Met andere woorden: de vastgestelde *objectieve* feiten en omstandigheden zijn soms meerduidelijk en laten zoveel ruimte voor een andersluidende conclusie, dat het daaruit afleiden van de *psychische* componenten van voorwaardelijk opzet (de ‘welbewuste aanvaarding’ van de kwade kans), moeilijk verdedigbaar is. Illustratief in dat verband is de zaak NJ 1998, 426 (overlopen door politie tijdens woninginbraak): de aanwezigheid van een vuurwapen impliceert klaarblijkelijk een kwade kans op het *gebruik* daarvan, terwijl verdachtes bekendheid met de aanwezigheid van dat wapen impliceert dat hij de kwade kans op de delictsgevolgen van vuurwapengebruik *aanvaardt*. Niet alleen wordt de kwade kans ruim ingevuld (aanwezigheid wapen schept kwade kans op gebruik daarvan), ook de scheidslijn tussen ‘bewustheid’ en ‘aanvaarding’ – en daarmee tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld – vervaagt (uit de bewustheid van de aanwezigheid lijkt de aanvaarding van het

368 Zo ook HR 20 januari 1998, NJ 1998, 426 (overlopen door politie tijdens woninginbraak). Uit dit arrest volgt dat verdachtes voorwaardelijk opzet op het delictsgevolg ook gebaseerd had kunnen worden op diens houding in de voorfase van het delict (zijn kennis van het vuurwapen bij de mededader, en het desondanks voortzetten van de op een woninginbraak toegesneden samenwerking). In gelijke zin het hierboven onbesproken gebleven arrest HR 20 februari 2007, NJ 2007, 263, m. nt. Reijntjes (het voortzetten van een op afpersing gerichte samenwerking). Meer over deze zaak in paragraaf 6.3.2.3.

369 Illustratief in dat verband is het bezwaar dat Reijntjes maakt tegen de opzetvaststelling in NJ 2004, 103 (liquidatie bij de uitgang van een snookercentrum): met de vaststelling dat de verdachte zijn rol in de samenwerking bleef vervullen, is volgens de schrijver niet inhoudelijk vastgesteld dat de verdachte voorwaardelijk dodingsopzet heeft gehad. Zie paragraaf 5.3.2.

370 Illustratief in dat verband zijn de bezwaren van Knigge bij het Veghel-arrest. Zie paragraaf 5.3.2.

gebruik te volgen).

Op basis van de vorige alinea kan worden begrepen dat wel wordt gesteld dat het voorwaardelijk opzet een ‘sterk normatief karakter heeft gekregen. De lage bewijseisen lijken de weerspiegeling van een toerekeningsoordeel dat zijn wortels vindt in de gedachte dat medeplegen aansprakelijkheid voor het geheel schept.’³⁷¹ Met andere woorden: verwezenlijkt de mededader gedurende de uitvoering van het gezamenlijk plan een aanvullend, niet-afgesproken delict, dan wordt het al gauw redelijk gevonden dat ook de medepleger daarvoor aansprakelijk is. Dat spreekt misschien wel het meest uit het Bacchus-arrest.³⁷² Het betreft een atypisch geval, omdat mag worden aangenomen dat de verdachte zelf bereid was vuurwapengeweld in te zetten, maar het de vraag is of hij de kwade kans heeft aanvaard dat zijn broer tot datzelfde in staat zou zijn. Klaarblijkelijk had het hof enkel kunnen vaststellen dat de verdachte en zijn broer gezamenlijk het op zichzelf straffeloze doel hadden om het café weer te betreden. Het schieten van de mededader wordt door het hof aan dat doel gekoppeld (‘kracht bij zetten’ van het voornemen het café te betreden) en de verdachte zou voorwaardelijk opzet hebben gehad op dat schieten. Is het niet veel aannemelijker dat de mededader louter uit frustratie heeft geschoten, dan dat hij het schieten heeft ingezet als middel om dat café te betreden? In deze zaak lijkt het normatieve oordeel dat de man die een vuurwapen in het spel brengt, verantwoordelijk is voor de gevolgen daarvan, wel heel nadrukkelijk een woordje mee te spreken.

6 Globaal opzet op de vervullingswijze van het delict

6.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is onder meer een blik geworpen op het bewijs van het opzet op delictsbestanddelen. Deze paragraaf borduurt daarop voort. Als vaststaat dat de medepleger dat delictsoptzet heeft, is daarnaast vereist dat dit opzet is betrokken op de *vervullingswijze* van het gepleegde delict? Stel dat de medepleger en de mededader een gedeeld mishandelingsopzet hebben. De mededader mishandelt slachtoffer X door hem door middel van een vuistslag hoofdletsel toe te brengen. Is vereist dat het opzet van de medepleger zich uitstrekt tot het mishandelen van dát slachtoffer (X), dát letsel (hoofdletsel) en déze wijze van toebrengen (vuistslag)?

Over deze kwestie bestaat verschil van opvatting in de literatuur. Als referentiepunt wordt eerst beschreven of en, zo ja, in hoeverre de fysieke pleger opzet moet hebben op meer dan de delictsbestanddelen. In paragraaf 6.3 komt het opzet van de deelnemer aan bod. Met het oog daarop komen eerst verschillende zienswijzen uit de literatuur aan de orde (paragraaf 6.3.1). Daarna wordt het vizier gericht op het geldende recht (paragraaf 6.3.2). Ik besluit met een samenvatting.

371 Knigge 2003, p. 318.

372 Zie paragraaf 5.4.2.

6.2 Het opzet van de fysieke pleger

Materieelrechtelijk wordt in de literatuur geen hoge eis gesteld aan de mate van bepaaldheid van het opzet van de pleger. De dominante opvatting lijkt te zijn dat het voldoende is dat zijn opzet is betrokken op de door opzet bestreken delictsbestanddelen ('delictsessentialia').³⁷³ Die bestanddelen hebben vaak een algemene inhoud: het wegnemen van 'een goed' (art. 310 Sr), de levensberoving van 'een ander' (art. 287 Sr). Het opzet hoeft in die gevallen enkel te zijn gericht op die algemene inhoud.

Dit heeft als consequentie dat het opzet bijvoorbeeld niet gericht hoeft te zijn op het doden van een *bepaald* slachtoffer.³⁷⁴ Ook een *feitelijke dwaling* – een 'onjuiste voorstelling' van een feitelijke toestand die '(mede)beslissend is geweest op de handeling'³⁷⁵ – sluit dat opzet in de regel niet uit, omdat het opzet immers in het geheel niet hoeft te zijn gericht op de concrete vervullingswijze van de bestanddelen. Het dodingsopzet wordt bijvoorbeeld niet aangetast door een feitelijke dwaling ten aanzien van de *causale totstandkomingswijze* van doodslag³⁷⁶ of een *error in persona/objecto*³⁷⁷ in dat kader.³⁷⁸ Verschil van mening bestaat ten aanzien van gevallen van *aberratio ictus*^{379, 380}. Kortom: uit materieelrechtelijk oogpunt onttrekt de vervullingswijze van een delict zich (grotendeels) aan de opzeteis voor de pleger, nu diens opzet enkel gericht hoeft te zijn op de delictsbestanddelen, en die bestanddelen doorgaans een abstracte inhoud hebben. Dat het opzet van de pleger in de praktijk toch gericht moet zijn op die vervullingswijze, heeft een formeelrechtelijke oorzaak. In de tenlastelegging pleegt het aan de pleger verweten delict namelijk te worden geconcretiseerd,

373 Remmelink 1996, p. 222; Brouns 1988, p. 25–26; Strijards 1983, p. 132; Zevenbergen 1924, p. 165–167. Wellicht ook Van Dijk 2008, p. 374–375.

374 Remmelink 1996, p. 222.

375 Zie Zevenbergen 1924, p. 164.

376 Bijvoorbeeld: de pleger werpt het slachtoffer van een brug met het oog op de verdrinkingsdood van laatstgenoemde (beoogde causale totstandkomingswijze van doodslag), maar het slachtoffer sterft doordat hij tegen een pijler van de brug slaat (werkelijke totstandkomingswijze).

377 Bijvoorbeeld: de pleger heeft zich vergist in de identiteit van het slachtoffer; hij wilde A doden maar doodde B, omdat hij B hield voor A (*error in persona*). Ondanks de *error in persona* heeft de pleger 'een ander' opzettelijk van het leven beroofd.

378 Remmelink 1996, p. 222–224; Strijards 1983, p. 3–4 jo. 132; Zevenbergen 1924, p. 165–167. In soortgelijke zin De Hullu 2012, p. 220–221: gevallen van feitelijke dwaling lost deze schrijver op aan de hand van het 'algemene karakter van het juridische opzetbegrip'; zij worden omvat door het het algemene karakter van het opzetbestanddeel. In dat verband ziet De Hullu gevallen van feitelijke dwaling – de schrijver noemt gevallen van '*aberratio ictus*', '*error in persona*' en '*error in objecto*' – als een 'overkomelijk probleem bij opzet'.

379 Bijvoorbeeld: de pleger heeft opzet op het doden van A, maar, door een 'tussenkomen', door de dader *niet* in zijn causaliteitsvoorstelling opgenomen gebeurtenis, treft hij daarentegen B dodelijk (afdwaling van het projectiel). Vgl. Strijards 1983, p. 225–226: de pleger schiet op B, maar hij treft onvoorzien bodyguard C, omdat deze C in de baan van het schot springt.

380 Zie voor de opvatting dat *aberratio ictus* het opzet aantast: Remmelink 1996, p. 221; Noyon/Langemeijer en Remmelink, *Opzet*, aant. 7. Zie voor de tegenopvatting Strijards 1983, p. 225–228. Ook voor De Hullu lijken deze gevallen niet gauw problematisch voor het aannemen van opzet: De Hullu 2012, p. 220.

bijvoorbeeld ten aanzien van het slachtoffer of de causale totstandkomingswijze van het delict. Een bepaalde mate van concretisering is op basis van art. 261 Sv ook vereist.³⁸¹ Nu het opzet van de pleger (ook) moet zijn betrokken op de feitelijke omschrijving die in de tenlastelegging is neergelegd, geldt via deze achterdeur in de praktijk toch een opzeteis ten aanzien van de feitelijke vervullingswijze van het delict. Daarvan uitgaande zou men verwachten dat in de rechtspraak gevallen van feitelijke dwaling met enige regelmaat aan de oppervlakte zouden moeten komen. Dat is echter niet het geval. Een beroep van de verdediging op feitelijke dwaling stuit, zoals geconstateerd door Strijards, stevast af op het bewijs van voorwaardelijk opzet.³⁸²

Het arrest NJ 1995, 501 biedt een voorbeeld.³⁸³ In deze zaak, die zich afspeelde in een café, had de verdachte de bedoeling om A te mishandelen. Daartoe wilde hij A met een barkruk slaan. Doordat A die slag afweerde, werd de dichtbij staande B getroffen. In cassatie betwist de verdediging het door de feitenrechter bewezenverklaarde mishandelingsopzet ten aanzien van B. De situatie wordt door de A-G begrepen als een geval van *aberratio ictus*; de verdachte zal het afweren van de kruk immers niet in zijn causaliteitsvoorstelling hebben opgenomen.³⁸⁴ De Hoge Raad casseert niet: uit de bewijsoverweging van het hof kon worden afgeleid dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op het mishandelen van B.

Uit materieelrechtelijk oogpunt mag ook het opzet van de pleger dus heel globaal blijven (betrokken op de delictsbestanddelen). De formeelrechtelijke eisen die worden gesteld aan de tenlastelegging maken dat zijn opzet in de praktijk ook moet zijn gericht op de aan hem tenlastegelegde vervullingswijze van delictsbestanddelen. Een dwaling ten aanzien van die totstandkomingswijze, zou het opzet dan uitsluiten. De (ruime) toepassing van voorwaardelijk opzet – de vervullingswijze is weliswaar niet beoogd, maar het opzet van de pleger is daarop wel in voorwaardelijke zin betrokken – maakt dat gevallen van dwaling niet (snel) zullen leiden tot dit rechtsgevolg. Dat maakt dat er in feite dus een betrekkelijk lichte eis wordt gesteld aan het bewijs van het opzet van de pleger op de vervullingswijze van delictsbestanddelen.

381 Zie Melai/Groenhuijsen, art. 261 Sv, aant. 13. In het kader van doodslag moet de wetsterm 'levensberoving' bijvoorbeeld een feitelijke invulling krijgen: die term 'drukt wel voldoende feitelijk uit dat het slachtoffer is overleden, maar geeft niet aan, op welke wijze de levensberoving heeft plaatsgevonden, terwijl hier zeer verschillende handelingen denkbaar zijn: doodschieten, doodsteken, vergiften, verdrinken, enz. Bij het lezen van de term "van het leven beroven" krijgt men dan ook niet direct een bepaald beeld voor ogen en rijst de vraag wat er dan is gebeurd. Dit is ongetwijfeld de reden waarom in dit opzicht verfeitelijking van deze wetsterm in de tenlastelegging moet plaatsvinden.'

382 Zo Strijards 1983, p. 143.

383 HR 9 mei 1995, LJN ZD0038, NJ 1995, 501 (zie over deze zaak De Hullu 2012, p. 220). Zie voor een voorbeeld in de context van uitlokking: HR 29 april 1997, LJN ZD0148, NJ 1997, 654 (Kleurenkopieerapparaat). Daarover meer in paragraaf 6.3.2.1.

384 CAG Van Dorst, punt 4.

6.3 Het opzet van de deelnemer

6.3.1 Opvattingen in de literatuur

In de literatuur wordt de vraag of de deelnemer het vereiste opzet heeft gehad, benaderd als *feitelijke afwijking*: is de van de voorstelling van de deelnemer afwijkende vervullingswijze van het delict zodanig, dat de deelnemer *geen* opzet heeft gehad op dat delict?³⁸⁵ Van oudsher wordt deze problematiek vooral besproken in het kader van uitlokking en medeplichtigheid. De verklaring daarvoor is waarschijnlijk dat men de kans op dergelijke afwijkingen ingeval van deze deelnemingsvormen groter achtte dan ingeval van medeplegen, omdat deze deelnemers verder afstaan van de delictsuitvoering. Deze feitelijke afwijkingen kunnen zich echter evengoed voordoen bij medeplegen, omdat tegenwoordig ook de medepleger de delictsuitvoering volledig kan overlaten aan zijn mededader(s).³⁸⁶ Om die reden zijn de met het oog op de indirecte deelnemers weergegeven opvattingen ook van belang voor medeplegen.

Hieronder worden twee zienswijzen in kaart gebracht: in de eerste wordt het opzet van de deelnemer beperkt tot gesubjectieerde delictsbestanddelen, in de tweede wordt geëist dat de gerealiseerde vervullingswijze van het strafbaar feit in voldoende mate beantwoordt aan de door de deelnemer beoogde vervullingswijze van het delict.

Zevenbergen verdedigde de opvatting dat het opzet van de deelnemer enkel wordt bepaald door de *delictsomschrijving*.³⁸⁷ Nu veel bestanddelen een algemene inhoud hebben, is de vervullingswijze van die bestanddelen irrelevant voor het opzet; het opzet hoeft daar simpelweg niet op te zijn gericht. De visie van Zevenbergen heeft de volgende implicatie: er rijst geen opzetprobleem als de uitlokker uitlokt tot het in brand steken van de woning van C, maar de uitgelokte in plaats daarvan opzettelijk het huis van D in vuur en vlam zet.³⁸⁸ Beide huizen kunnen onder het bestanddeel ‘goed’ worden gebracht. De achterliggende gedachte is dat uit de generieke inhoud van dat delictsbestanddeel blijkt, dat het in vuur en vlam zetten van huis ‘C’ of ‘D’ voor de wet *gelijkwaardig* is.³⁸⁹ De vervullingswijze is daarmee onttrokken aan het opzet van de deelnemer.

De visie van Zevenbergen lijkt een minderheidsstandpunt te zijn. Volgens

385 In de rechtspraak daarentegen wordt geabstraheerd van de vraag of het opzet van de deelnemer is gespecificeerd ten aanzien van een bepaald uitvoeringsaspect – bijvoorbeeld slachtoffer X of mishandelingswijze Y. De vraag of sprake is van een feitelijke afwijking – het uitgangspunt van de discussies in de literatuur – blijft dan in het midden. In die jurisprudentie wordt enkel bepaald dat het opzet niet hoeft te zijn gericht op de ‘precieze uitvoeringswijze’ van het delict. Zie paragraaf 6.3.2.

386 Zie daarover paragraaf 2.4.1.

387 Zie Zevenbergen 1924, p. 165–167, 254–255, 259.

388 Uiteraard moet het in brand steken van het huis van D wel het gevolg zijn van de uitlokkingshandeling van de uitlokker. Anders is geen sprake van uitlokking. Kort daarover paragraaf 2.4.2.

389 Zie Zevenbergen 1924, p. 255: ‘Voor de wet is er geen onderscheid tusschen het huis van C en dat van D, en daarom is het der wet onverschillig of men het huis van C, dan wel dat van D in brand wilde steken, mits men maar “brandstichting” wilde.’

veel schrijvers heeft het feit dat de uitlokker of medeplichtige een bepaalde vervullingswijze voor ogen heeft, wél betekenis. In hun ogen hoeft het gepleegde feit in feitelijk opzicht weliswaar niet exact overeen te stemmen met het delict dat de uitlokker of medeplichtige beoogde, maar wel moet het beoogde *in voldoende mate corresponderen* met het gepleegde.³⁹⁰ Alleen dan heeft de deelnemer ‘opzet’ gehad op het delict.

Over de vereiste mate van correspondentie bestaat verschil van opvatting. Vooral in vroegere jaren werd wel verdedigd dat het grondfeit (*vrijwel*) *identiek* moest zijn aan het feit dat de uitlokker beoogde.³⁹¹ Die strenge eis bracht bijvoorbeeld Van Hattum er toe te stellen dat ‘wanneer (...) iemand een ander tracht te bewegen een derde het gezichtsvermogen te ontnemen, [dan] zal afsnijding van beide oren niet zijn uitgelokt, hoewel zowel het blind maken als het afsnijden van de oren zware mishandeling oplevert.’³⁹² Andere schrijvers achten het voldoende dat de vervullingswijze van het grondfeit *niet wezenlijk verschilt* van het door de deelnemer beoogde feit.³⁹³ Ook in die visie lijkt in ieder geval het in concreto gekrenkte rechtsgoed – bijvoorbeeld het ‘slachtoffer’ bij geweldsmisdrijven – overeen te moeten stemmen met het concrete rechtsgoed dat de deelnemer beoogde te krenken.³⁹⁴

Hoewel verschillend wordt gedacht over de invulling van de correspondentiemaatstaf, vinden deze schrijvers elkaar in de eis dát het opzet in ieder geval op bepaalde uitvoeringsaspecten van het grondfeit moet zijn gericht.³⁹⁵ Enkele kwesties blijven onderbelicht. Zo blijft vaak in het midden wat de rechtvaardiging is van de eis dat het opzet op een bepaald aspect moet zijn betrokken.³⁹⁶ In de

390 Zo bijvoorbeeld met betrekking tot de uitlokker Noyon/Langemeijer en Rummelink, art. 47, aant. 34; Rummelink 1996, p. 461; Pompe 1959, p. 254; Van Hattum 1953, p. 455. Ten aanzien van de medeplichtige: Wolswijk 2007, p. 199; Rummelink 1996, p. 448.

391 Zo bijvoorbeeld ten aanzien van de uitlokker Pompe 1959, p. 254; Van Hattum 1953, p. 455 en Van Hamel 1927, p. 393.

392 Van Hattum 1953, p. 455. In gelijke zin Rummelink 1996, p. 461: strekt de uitlokking zich uit tot mishandeling door *stokslagen*, dan is deze onvoltooid als de pleger in plaats daarvan steekt met een *mes*.

393 Zie bijvoorbeeld Knigge 2003, p. 300–301 (ten aanzien van de uitlokker); Wolswijk 2007, p. 199 (ten aanzien van de medeplichtige).

394 Zo ten aanzien van uitlokking Noyon/Langemeijer en Rummelink, art. 47, aant. 34; Vos 1950, p. 202; Noyon/Langemeijer 1947, p. 343. In gelijke zin met betrekking tot medeplichtigheid Wolswijk 2007, p. 199; Rummelink 1996, p. 448.

395 Daaraan is bijvoorbeeld voldaan wanneer het mishandelingsopzet van de deelnemer is *gespecificeerd* ten aanzien van een bepaald slachtoffer en dat slachtoffer vervolgens wordt mishandeld. Daaraan is ook voldaan als dat opzet van de deelnemer *niet* is *gespecificeerd* tot een bepaald slachtoffer. Bijvoorbeeld: de medeplichtige verschaft gif aan de pleger teneinde dat gif in een waterput te laten lopen. Het niet tot een bepaald slachtoffer gespecificeerde opzet van de medeplichtige wordt niet aangetast, ongeacht of het waterputtende slachtoffer Y of Z door het drinken van het vergiftigde water het leven laat. Met andere woorden: hoe ruimer, onbepaelder het opzet van de deelnemer, hoe eerder het gepleegde grondfeit daarmee in voldoende mate correspondeert.

396 Een van de schaarse rechtvaardigingen die mij bekend is, wordt gegeven door Noyon/Langemeijer. Voor hen lijkt van doorslaggevende betekenis of de uitlokker ook zou hebben uitgelokt tot dat feit, als hij vooraf van die afwijking zou hebben geweten. Zie Noyon/Langemeijer 1947, p. 343: ‘(...) in vele gevallen zou hij tot deze [brandstichting, AP] niet hebben aangespoord; er is wel gelijksoortig [sic] feit gepleegd, maar niet het concrete feit waartoe was aangezet.’

tweede plaats wordt, behalve door Knigge³⁹⁷, weinig aandacht geschonken aan de vraag of ten aanzien van alle deelnemers dezelfde mate van correspondentie moet worden vereist.³⁹⁸ In de derde plaats worden weinig woorden gewijd aan de *oorzaak van de afwijking*. Daarmee doel ik op de vraag of de pleger al dan niet *opzettelijk* afwijkt van de vervullingswijze die de deelnemer beoogde. Is het voor de beoordeling van de bedoelde correspondentie van betekenis of de uitgelokte meende te handelen conform de last van de uitlokker (hij vergist zich in het te stelen object of het te mishandelen slachtoffer), dan wel dat hij, op het mishandelingsplan gekomen door de uitlokker, welbewust een ander mishandelt dan de uitlokker beoogde?

6.3.2 Het geldende recht

6.3.2.1 Voorwaardelijk en globaal opzet

Een feitelijk afwijkende vervullingswijze staat in het geldende recht niet snel in de weg aan de aansprakelijkheid van de deelnemer. Daarvoor zijn twee oorzaken aan te wijzen: de lage eisen die worden gesteld aan het bewijs van *voorwaardelijk opzet* en de toepassing van de figuur *globaal opzet*. Eerst wordt ingegaan op het begrip ‘globaal opzet’ en het onderscheidende kenmerk daarvan ten opzichte van ‘voorwaardelijk opzet’.

Het ‘globaal opzet’ – de term is ontleend aan De Hullu – is een op de deelnemingsvormen toegesneden inkleuring van opzet.³⁹⁹ Het begrip brengt tot uitdrukking dat het opzet in zoverre globaal mag zijn, dat, in de woorden van de Hoge Raad, de ‘precieze uitvoeringswijze’ zich *onttrekt* aan de opzeteis. Die ‘precieze uitvoeringswijze’ is dus simpelweg *geen* opzet-object.⁴⁰⁰ Om die reden kunnen feitelijke afwijkingen die worden gerekend tot de precieze uitvoeringswijze het opzet van de deelnemer niet aantasten. Dat de Hoge Raad spreekt van de ‘precieze’ uitvoeringswijze, doet vermoeden dat hij het oog heeft op uitvoeringsaspecten die van ondergeschikte betekenis zijn. Zo lijkt deze jurisprudentie ook door De Hullu te worden begrepen.⁴⁰¹ Het ‘globaal opzet’ wordt dus beschouwd als een op de deelnemer toegesneden uitwerking van het juridische opzetbegrip. Dat roept de vraag op hoe ‘globaal opzet’ zich verhoudt tot ‘voorwaardelijk opzet’.⁴⁰² Een dogmatisch zuiver en werkbaar onderscheid

397 Zie paragraaf 4.3.

398 Mogelijk eist ook R Emmelink een nauwer verband voor uitlokking dan voor medeplichtigheid. Zie R Emmelink 1996, p. 461 jo. 448.

399 Zo De Hullu 2012, p. 427–428 jo. 220–221.

400 Zo bijvoorbeeld HR 4 maart 2008, LJN BC0780, NJ 2008, 156.

401 De Hullu spreekt in dat verband over de ‘details van de gang van zaken’. Zie De Hullu 2012, p. 448 (ten aanzien van medeplegen), 462 (uitlokking), 473 (medeplichtigheid).

402 Die verhouding blijft onhelder wanneer wordt afgegaan op de uitwerking die De Hullu geeft van beide begrippen, niet in de laatste plaats omdat de schrijver aan beide begrippen een toerekeningsaspect toedicht, zonder dat duidelijk wordt wat de precieze inhoud is van die toerekeningscomponent. Zo stelt De Hullu in het kader van uitlokking, nadat hij uiteengezet heeft dat het opzet van de uitlokker ‘vrij globaal’ mag zijn (De Hullu 2012, p. 462): ‘Regelmatig loopt het immers uiteindelijk net iets anders dan de uitlokker precies voor ogen had, alleen al doordat er bijvoorbeeld tijd verstrijkt

wordt gemaakt door Wolswijk.⁴⁰³ Voor dat onderscheid baseert Wolswijk zich op rechtspraak van de Hoge Raad over het opzet van de medeplichtige. Hij stelt dat het ‘voorwaardelijke’ van voorwaardelijk opzet duidt op een ‘bepaalde gradatie van opzet’. Het voorwaardelijk opzet is betrokken op gesubjectieerde delictsbestanddelen. Het globaal opzet gaat over de vraag hoe specifiek het opzet-object moet zijn: moet het opzet, buiten te zijn gericht op de delictsbestanddelen, ook zijn betrokken op bepaalde aspecten van de *vervullingswijze* daarvan? Die laatste kwestie betreft de vraag naar hoe *globaal* het opzet(-object) mag zijn. Ik sluit me aan bij de zienswijze van Wolswijk.

De toepassing van globaal opzet voorkomt dat het opzet van de deelnemer wordt aangetast door ondergeschikte feitelijke afwijkingen. De hantering van deze figuur – die hieronder wordt geïllustreerd – lijkt een betrekkelijk recent verschijnsel. Dat een feitelijke afwijking het delictopzet niet snel wegneemt, wordt behalve door het gebruik van globaal opzet ook wel bewerkstelligt door het stellen van lage eisen aan het bewijs van *voorwaardelijk* opzet op de *precieze vervullingswijze* van het delict. Globaal en voorwaardelijk opzet sorteren zo min of meer hetzelfde effect. De benadering vanuit het voorwaardelijk opzet wordt bijvoorbeeld gekozen door het hof in het bekende Kleurenkopieerapparaat-arrest.⁴⁰⁴ In deze zaak had de verdachte (de uitlokker) aan de uitgelokten de last gegeven om voor hem een *kleurenkopieerapparaat* te stelen. De uitgelokten vergisten zich in het apparaat (error in objecto), en keerden terug met een *zwart-wit* kopieerapparaat. De verdediging betoogde ten overstaan van het hof dat de verdachte vrijuit diende te gaan, omdat een ander goed was gestolen dan waartoe opdracht was gegeven. Het hof verwierp dit verweer: ‘Bij het opzettelijk uitlokken van de diefstal heeft de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat de dieven een *ander* goed zouden stelen dan de bedoeling van de uitlokker was [cursivering, AP].’ Het oordeel van het hof hield stand in cassatie.⁴⁰⁵ Wellicht dat een verweer als in deze zaak, tegenwoordig (ook) kan stuiten op het globaal opzet-begrip; de feitelijke afwijking tast het opzet van de uitlokker niet aan, omdat dat opzet niet hoeft te zijn gericht op de precieze

tussen uitlokking en voltooiing en doordat de uitlokker voor een teruggetrokken positie kiest en het begaan van het strafbare feit aan anderen overlaat.’ Als dergelijke afwijkingen als onproblematisch worden afgedaan, dan toch vooral omdat het opzet van de uitlokker een globaal karakter mag hebben, zo lijkt me. Zeker wanneer die afwijking een ondergeschikt uitvoeringsaspect betreft; die afwijkingen worden immers opgevangen in het op de deelnemer toegesneden globaal opzet-begrip. Volgens De Hullu lost het probleem zich echter als vanzelf op door het bereik van *voorwaardelijk* opzet: ‘Vooral door het voorwaardelijk opzet levert dat zelden echt een probleem op, zeker bij niet-essentiële afwijkingen.’ De gekozen oplossingsrichting roept de vraag op waarin ‘globaal opzet’ zich onderscheidt van ‘voorwaardelijk opzet’.

403 Wolswijk 2010, p. 864.

404 HR 29 april 1997, LJN ZD0148, NJ 1997, 654. Zie voor een voorbeeld in het kader van medeplegen: HR 27 november 2012, LJN BY0838, NJ 2012, 694.

405 De wijze waarop het opzet van de uitlokker in deze zaak werd vastgesteld, is bekritiseerd vanuit de literatuur; het opzet zou zijn bewezenverklaard, omdat het redelijk is om de feitelijke afwijking voor rekening te laten komen van de uitlokker. Zie bijvoorbeeld De Jong 2007, p. 120; Knigge 2003, p. 294.

eigenschappen van het te stelen apparaat. Hieronder illustreer ik de benadering vanuit het globaal opzet.

6.3.2.2 Voorbeelden uit de rechtspraak

Er zijn enkele arresten die enig inzicht verschaffen in de vraag hoe de Hoge Raad omgaat met de globaal opzet-thematiek bij medeplegen. Het opzet van de medepleger hoeft zich in ieder geval niet uit te strekken tot de *precieze gedraging(en) van zijn mededader(s)*, zo volgt uit NJ 2007, 224.⁴⁰⁶

In deze zaak veroordeelt het hof de verdachte voor het medeplegen van twee wederrechtelijke vrijheidsberovingen (art. 282 lid 1 Sr). De verdachte ontkent op de hoogte te zijn geweest van deze vrijheidsberoving van twee Afrikanen in het busje waarvan hij de bestuurder was. Niet alleen zou hij niets hebben geweten van de bewuste vrijheidsbeneming en de uitgeoefende dwang op de slachtoffers, evenmin zou hij hebben waargenomen dat de slachtoffers gekneveld waren. Hij wist niet beter dan dat de Afrikanen achter in de bus een gesprek hadden met Zuid-Amerikanen over een verdwenen koffer.⁴⁰⁷ Het hof hecht geen geloof aan deze verklaringen van de verdachte. In een nadere bewijsoverweging overweegt het hof dat ‘de verdachte, gelet op zijn positie als bestuurder van de bus, ook [moet] hebben gezien dat S.D. en A.D. [de gegijzelde Afrikanen, AP] waren gekneveld.’⁴⁰⁸

In cassatie bestrijdt de verdachte die nadere vaststelling van het hof. Deze vaststelling kan niet worden afgeleid uit de bewijsmiddelen, aldus de verdachte. De Hoge Raad overweegt – en daarin is het belang gelegen van deze zaak – dat voor deze bewezenverklaring ‘niet is vereist dat de verdachte op de hoogte is geweest van de *precieze gedragingen van zijn mededader(s)*. Gelet daarop kan onbesproken blijven de vraag waaraan het Hof zijn oordeel heeft ontleend dat de verdachte “gelet op zijn positie als bestuurder van de bus, ook moet hebben gezien dat S.D. en A.D. waren gekneveld [cursivering, AP]”’.⁴⁰⁹

Het ‘knevelen’ van de slachtoffers betreft de gedraging van zijn mededaders, die onder meer – de Afrikanen werden buiten de kneveling immers vastgehouden in de bus – de delictsbestanddelen ‘berooft en beroofd houden’ vervult. Het opzet van de verdachte was wel gericht op deze bestanddelen. Dat opzet hoefde niet te zijn betrokken op de precieze vervullingswijze daarvan – de ‘precieze gedragingen van zijn mededaders’.

Een soortgelijke benadering spreekt uit het arrest ‘De Companeros’.⁴¹⁰

Zes personen zijn getogen naar het clubgebouw van motorclub ‘De Companeros’ om leden van die club ‘eens flink een lesje te leren’. Tijdens de confrontatie die volgt, worden twee Companerosleden door vuurwapengeweld zwaar mishandeld; een van hen wordt getroffen door een kogel, de ander door een schot hagel. Het hof komt tot een bewezenverklaring van het medeplegen van zware mishandeling, meermaals begaan (art. 302 lid 1 Sr): ‘Bewezenverklaard

406 HR 10 april 2007, LJN AZ5713, NJ 2007, 224.

407 R.o. 3.2.2, bewijsmiddelen 1 en 2.

408 R.o. 3.2.3.

409 R.o. 3.3.

410 HR 19 december 1995, LJN ZD0325, NJ 1996, 304.

[is] dat hij op 22 november 1992 in de gemeente Heiloo, tezamen en in vereniging met anderen, aan [slachtoffer 1] en aan [slachtoffer 2] opzettelijk zwaar lichamelijk letsel heeft toegebracht, door met dat opzet, feitelijk weergegeven, de navolgende in onderling verband te beschouwen handelingen te verrichten: – *drie van zijn mededaders* [cursivering, AP] hebben zich voorzien van één of meer schietwapens (...)'

Uit de bewijsmiddelen blijkt dat de verdachte uitsluitend wetenschap had van één vuurwapen, namelijk de aanwezigheid van een jachtgeweer bij een van zijn mededaders. Dat levert twee vraagpunten op. Het eerste wordt aangesneden in het cassatiemiddel: moest het opzet van de medepleger zijn gericht op de aanwezigheid van drie vuurwapens? Het tweede punt wordt in cassatie niet opgeworpen. Dat vraagpunt wordt echter opgeroepen door de bewezenverklaring. Daaruit volgt dat de zware mishandelingen zijn gepleegd met twee *verschillende* vuurwapens – het letsel werd immers veroorzaakt door een kogelschot respectievelijk hagelschot⁴¹¹ – terwijl de verdachte geen opzet heeft gehad op een van die vervullingswijzen (hij wist immers enkel van het jachtgeweer).

Het arrest houdt stand in cassatie. De Hoge Raad: 'Overeenkomstig de tenlastelegging is bewezenverklaard dat het opzet van de verdachte (en van zijn mededaders) was gericht op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2].'⁴¹² Het niet-voorzien van de precieze vervullingswijze van ten minste een van de zware mishandelingen, tast dat opzet, in ieder geval in de zienswijze van het hof, klaarblijkelijk niet aan.⁴¹³

De rechtspraak over het opzet van de *medeplichtige* levert hetzelfde beeld op. In het kader daarvan luidt de standaardregel dat het opzet van de medeplichtige niet gericht hoeft te zijn op de 'precieze wijze waarop het misdrijf wordt begaan'.⁴¹⁴ Dat betekende in het arrest *NJ* 2008, 156 dat voor medeplichtigheid tot zware mishandeling door middel van vuurwapengeweld, niet is vereist dat het opzet van de medeplichtige ook is betrokken op de wijze waarop het delict wordt uitgevoerd (vuurwapengebruik).⁴¹⁵ Een ander voorbeeld betreft *NJ* 2002, 245.⁴¹⁶ In deze zaak had de verdachte geholpen bij het fabriceren van een

411 Daarom mag aangenomen worden dat een van de slachtoffers werd getroffen door een projectiel uit een *ander* vuurwapen dan het jachtgeweer waarmee de verdachte bekend was. Het is immers zeer onaannemelijk dat die verschillende projectielen zijn afgeschoten met een en hetzelfde jachtgeweer.

412 R.o. 6.1.2.

413 Zie voor een andere toepassing van globaal opzet: HR 17 januari 2012, LJN BU3997. Het hof had de verdachte veroordeeld voor het in vereniging begaan van diefstal met *geweld*. Uit de bewijsmiddelen bleek dat de verdachte in ieder geval voorwaardelijk opzet heeft gehad op het toepassen van 'enig geweld' op het slachtoffer (zie CAG Vellinga, punt 14). Niet bleek dat hij de met een stroomstootwapen toegebrachte stroomstoten en de slagen met de kolf van een vuurwapen had voorzien. Het oordeel van het hof dat deze geweldshandelingen desondanks voor rekening mochten komen van de verdachte, getuigt volgens A-G Vellinga niet van een onjuiste rechtsopvatting en was ook overigens niet onbegrijpelijk (zie CAG, punt 11-12 jo. 14). De Hoge Raad doet de zaak af uit hoofde van art. 81 RO.

414 Zie r.o. 2.5.2 in HR 22 maart 2011, LJN BO4471, *NJ* 2011, 342, m.nt. Schalken; HR 4 maart 2008, *NJ* 2008, 156, r.o. 3.4. De Hullu verdedigt dat deze regel ook geldt voor de uitlokker. Zie De Hullu 2012, p. 462-463.

415 HR 4 maart 2008, *NJ* 2008, 156.

416 HR 13 november 2001, LJN AD4372, *NJ* 2002, 245.

vuurwerkbom die 's nachts in het winkelcentrum tot ontploffing zou worden gebracht. De bom vernielde een telefooncel. Het (voorwaardelijk) opzet op de *bestanddelen* van de tenlastegelegde medeplichtigheid tot vernieling, kon worden afgeleid uit onder meer de aard van de bom. Hoewel het opzet van de verdachte daarmee was betrokken op *een* vernieling, was dat opzet niet gericht op juist *deze* vernieling, dat wil zeggen: het vernielen van de telefooncel als genoemd in de tenlastelegging. De Hoge Raad maakt in dit arrest echter helder dat het opzet-object niet zo precies hoeft te zijn bepaald. Dat de verdachte niet wist dat specifiek deze telefooncel zou worden vernield, is geen vereiste voor de aanwezigheid van opzet op de tenlastegelegde vernieling.⁴¹⁷

Het globale karakter dat het opzet mag hebben, lijkt door de Hoge Raad niet wezenlijk verschillend te worden ingevuld voor de verschillende deelnemers. De jurisprudentie geeft aanleiding om aan te nemen dat de Hoge Raad in de behandelde arresten over het opzet van de *medeplichtige* niet anders zou hebben geoordeeld, wanneer het in die zaken zou hebben gedraaid om het opzet van de *medepleger*. Zo is het behandelde arrest *NJ* 2008, 156 (medeplichtigheid) nauw verwant aan het *De Companeros*-arrest (medeplegen); in beide gevallen voorzagt de verdachte niet dat het desbetreffende vuurwapen zou worden gebruikt voor de zware mishandeling. Ook het vernielingsobject zou voor de medepleger zijn onttrokken aan zijn opzet in een casuspositie als ten grondslag liggend aan *NJ* 2002, 245, zo neem ik aan.⁴¹⁸ Bij alle vormen van deelneming hoeft het opzet niet gericht te zijn op de *predieze* uitvoeringswijze. Als eerder opgemerkt wekt deze formulering de indruk dat de Hoge Raad doelt op uitvoeringsaspecten die van ondergeschikte betekenis zijn.⁴¹⁹ Veel meer houvast wordt in de jurisprudentie niet gegeven. Een feitelijk afwijkende uitvoeringswijze lijkt in ieder geval niet snel in de weg te staan aan de aansprakelijkheid van de deelnemer.

Hiervoor is kort aandacht besteed aan het opzet van de fysieke pleger. Hoe verhoudt het globaal opzet van de medepleger zich daartoe? In materiële zin zijn beide invullingen van opzet soortgelijk aan elkaar: in beide gevallen wordt het opzet niet snel aangetast door een van de voorstelling afwijkende vervullingswijze van het beoogde delict. Het verschil schuilt in de reden daarvoor. Het opzet van

417 R.o. 3.4: 'Uit de gebezigde bewijsmiddelen heeft het Hof kunnen afleiden, dat als gevolg van een gemaakte afspraak de vuurwerkbom op het afgesproken moment in het winkelcentrum de Broeklanden, alwaar de verdachte toen aanwezig was, tot ontploffing zou worden gebracht. Gelet daarop en in aanmerking genomen hetgeen het Hof heeft vastgesteld omtrent de aard van de vuurwerkbom heeft het Hof uit de gebezigde bewijsmiddelen tevens kunnen afleiden dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat door het tot ontploffing brengen van de vuurwerkbom vernielingen zouden worden aangericht en dat aldus sprake was van het tenlastegelegde opzet. Daaraan doet niet af de in het middel aangevoerde omstandigheid dat de verdachte ten tijde van het verschaffen van de middelen bij het vervaardigen van de bom niet wist dat specifiek de onderhavige telefooncel met behulp daarvan zou worden vernield.'

418 Zo ook Knigge 2003, p. 317, nt. 48.

419 Ook de overwegingen in het arrest in *NJ* 2002, 245 zijn daarmee verenigbaar. Het vernielingsobject is zonder meer van ondergeschikte betekenis, omdat het opzet van de medeplichtige *niet* was toegespitst op de vernieling van een *ander* object (zijn opzet was in dat opzicht onbepaald).

de pleger moet zijn betrokken op de in de tenlastelegging beschreven feitelijke toedracht. In zijn geval doet het *voorwaardelijk* opzet ‘het werk’. Daarentegen hoeft het opzet van de medepleger zich *niet* uit te strekken tot de precieze feitelijke toedracht. Zolang het opzet van de medeplegers bij elkaar opgeteld de feitelijke toedracht omvat – dat is het geval wanneer de mededader wel (voorwaardelijk) opzet heeft op de vervullingswijze – hoeft het opzet van de medepleger niet te zijn betrokken op die vervullingswijze, in het bijzonder niet op de precieze gedragingen van zijn mededader. In geval van medeplegen wordt het soortgelijke resultaat dus bereikt met behulp van *globaal* opzet.

6.3.2.3 Globaal opzet bij door het gevolg gekwalificeerde delicten

Het is vooral in het kader van de door het gevolg gekwalificeerde delicten dat de toepassing van het globaal opzet de aansprakelijkheid van de medepleger aanzienlijk verruimt. Dat kan in ieder geval worden afgeleid uit de beslissingen van de hoven die hieronder in kaart worden gebracht. In de cassatiemiddelen naar aanleiding van deze arresten wordt het globale karakter van het delictsoptzet telkens niet betwist. Om die reden wordt het oordeel van het hof op dit punt niet (marginaal) getoetst door de Hoge Raad.

De aanmerkelijke aansprakelijkheidsverruiming die het gebruik van globaal opzet kan bewerkstelligen, blijkt onder meer uit twee met elkaar samenhangende zaken van het in vereniging begaan van diefstal met geweld de dood ten gevolge hebbende (art. 312 lid 3 Sr). In een dergelijk geval moet elke medepleger opzet hebben op het geweld. Het dodelijke gevolg is geobjectiveerd.

In de onderliggende casus van het arrest HR 16 december 2008, LJN BG2139 worden twee circuseigenaren overvallen. In het kader daarvan wordt een van hen van het leven beroofd. Het gezamenlijk plan bestond eruit om van een tas met waardevolle inhoud te stelen van de circuseigenaren. Twee van de drie medeplegers zijn lijfelijk aanwezig ten tijde van die beroving; de een als feitelijke uitvoerder (schutter)⁴²⁰, de verdachte als bestuurder van de scooter waarop beiden zijn gezeten. Dat de verdachte opzet heeft gehad op het ‘geweld’ blijkt uit zijn wetenschap dat de tas zou worden ‘weggegrist’. Volgens plan rukt de latere schutter de tas inderdaad uit de handen van een van de circuseigenaren. De te hulp komende echtgenoot van de beroofde wordt vervolgens door diezelfde mededader met een vuurwapen neergeschoten, waardoor hij overlijdt. Het hof acht niet bewezen dat de verdachte vooraf wist dat zijn mededader een vuurwapen bij zich droeg. Desondanks krijgt de verdachte zowel de geweldshandeling (het schieten) als het geobjectiveerde gevolg daarvan (dood slachtoffer) voor zijn rekening. Bij die toerekening ‘speelt een rol’, aldus het hof, dat de verdachte de schutter kende (zonder dat het hof overigens aangeeft in welk opzicht dat relevant is voor het bewijs van het tenlastegelegde feit) en dat hij, na het vuurwapengeweld te hebben waargenomen, zich niet heeft gedistantieerd maar heeft gedeeld in de buit. Bovendien vond het vuurwapengeweld plaats in het kader van de gezamenlijk beraamde overval.

In het cassatiemiddel wordt aangevoerd dat de dood niet ‘als gevolg van de bewezenverklarde diefstal met geweld aan de verdachte kan worden toegerekend’, omdat

420 Zie voor het arrest in de zaak van de schutter: HR 16 december 2008, LJN BG2140.

de verdachte ‘niet wist of kon weten’ dat zijn mededader een vuurwapen bij zich droeg. A-G Vellinga verwerpt dat middel: het hof is tot een bewezenverklaring gekomen van diefstal met geweld de dood ten gevolge hebbende, dat gevolg is aan de opzetsfeer onttrokken, ‘terwijl noch de aard van het geweld noch het gevolg van zo uitzonderlijke aard is dat dit aan toerekening in de weg staat. Dat verdachte niet wist of kon weten van het vuurwapen is niet van belang.’ De Hoge Raad doet de zaak af op basis van art. 81 RO.

De verdachte had het oog op het ‘weggrissen’ van de tas, en daarmee opzet op de strafverzwarende omstandigheid ‘geweld’. Nadat die werd weggegrist, werd door zijn mededader vuurwapengeweld gepleegd. Die handeling hield volgens het hof voldoende verband met het grondfeit.⁴²¹ Dit vuurwapengeweld kan ook worden gesubsumeerd onder de omstandigheid ‘geweld’. De omstandigheid ‘geweld’ biedt immers plaats aan een veelvoud van gradueel verschillende geweldshandelingen – van lichte, op zichzelf niet-strafbare handelingen (bijvoorbeeld het ‘weggrissen’ van een voorwerp)⁴²² tot zeer zware, strafbare gedragingen (bijvoorbeeld vuurwapengeweld). Voor zowel het hof als A-G Vellinga – tenzij het geweld van ‘uitzonderlijke aard’ is – lijkt dat te maken dat de verdachte het vereiste opzet heeft gehad op ‘geweld’. Dit maakt dat het geobjectiveerde gevolg daarvan ook aan de verdachte mag worden toegerekend.

In deze visie mag het opzet heel globaal zijn: het beoogde ‘weggrissen’ bevindt zich aan het ene uiterste van het geweldsspectrum, het ‘beschietsen’ van het slachtoffer aan het andere. Klaarblijkelijk is dat geen onoverkomelijk obstakel voor de vaststelling dat de verdachte opzet heeft gehad op het *gepleegde* feit. Daar komt bij dat ook in kwantitatieve zin meer geweld is gepleegd, dan vooraf is afgesproken; het vuurwapengeweld kwam bovenop het weggrissen van de tas. De verdachte en zijn mededader hadden dus weliswaar opzet op dezelfde kwalificerende omstandigheid, maar hadden tegelijkertijd een geheel verschillende invulling daarvan voor ogen. Klaarblijkelijk betreft het hier de ‘precieze’ uitvoeringswijze, die zich onttrekt aan het globale opzet dat wordt geëist van de medepleger. Het aanzienlijke verschil in gradatie tussen het beoogde en gepleegde geweld, maakt echter dat de aansprakelijkheid van de medepleger verregaand wordt verruimd. Dat roept de vraag op of het niet gaat om een wezenlijk uitvoeringsaspect. Wat vooral aan de basis van verdachtes aansprakelijkheid lijkt te liggen, zo krijg ik de indruk, is dat hij dat zwaardere en meerdere geweld *achteraf* voor zijn rekening heeft genomen, door zich niet van dat geweld te distantieëren maar daarentegen te delen in de buit. Voor het bewijs

421 Dat blijkt uit de nadere bewijsoverweging van het hof, opgenomen in de conclusie van A-G Vellinga, punt 7: ‘Bij dit feit [diefstal met geweld door twee of meer verenigde personen, AP] heeft de mededader [medeverdachte 1] een slachtoffer doodgeschoten. Tussen de ten laste van de verdachte en zijn mededaders bewezenverklarde diefstal met geweld en de dood van het slachtoffer bestaat daarom een zodanig verband dat de dood redelijkerwijs als gevolg van die diefstal met geweld in vereniging aan de verdachte kan worden toegerekend, ook al kan niet bewezen worden dat de verdachte wist dat [medeverdachte 1] een vuurwapen had meegenomen.’

422 Vgl. bijvoorbeeld HR 2 maart 2010, LJN BK9035, r.o. 3.5–3.6. In die strafzaak bleek het ‘trekken aan een onderarm’ in het kader van een diefstal, bedoeld geweld te kunnen opleveren.

van ‘opzet’ op vuurwapengeweld is dat echter irrelevant.

Buiten de bestuurder van de scooter en de schutter, was er een derde mededader in deze zaak. Deze medepleger was de initiator van de overval.⁴²³ Hij had een tussenpersoon ingeschakeld, die op zijn beurt de bestuurder van de scooter en de schutter had geronseld om de overval uit te voeren.⁴²⁴ Ook deze verdachte, die de zaak als eerste in gang zette door de tussenpersoon te benaderen, krijgt het vuurwapengeweld en de gevolgen daarvan als medepleger voor zijn rekening. De levensberoving van het slachtoffer moet in de ogen van het hof als gevolg van de gezamenlijke overval worden aangemerkt, en deze kan daarom redelijkerwijs aan de verdachte worden toegerekend. Het hof overweegt in dat verband: ‘Bij die toerekening speelt een rol dat aannemelijk is geworden dat de verdachte zich [er] in het geheel niet om heeft bekommerd wie voor de uitvoering van de geplande overval zou worden ingeschakeld en op welke wijze de geplande overval zou worden uitgevoerd – met name heeft hij zich er ook geen rekenschap van gegeven welke *vorm van geweld* bij de mede door hem georganiseerde overval zou worden gebruikt [cursivering, AP] – en dat hij ook nadat de overval was uitgevoerd, zich niet heeft bekommerd over de wijze waarop dat was gebeurd en zich niet gedistantieerd heeft van de gedragingen van zijn mededaders, maar integendeel in de buit heeft gedeeld.’⁴²⁵ De afhandeling in cassatie is identiek aan de zaak van de bestuurder van de scooter: in het cassatiemiddel wordt gesteld dat het geobjectiveerde gevolg niet mag worden toegerekend aan de verdachte vanwege diens onwetendheid ten aanzien van de aanwezigheid van een vuurwapen bij de uitvoering, de A-G oordeelt dat het hof verdachtes geweldsopzet heeft vastgesteld en dat voornoemde onwetendheid niet in de weg staat aan de toerekening van het geobjectiveerde gevolg – mede omdat het gepleegde geweld niet van uitzonderlijke aard is geweest – en de Hoge Raad doet het cassatieberoep af uit hoofde van art. 81 RO.

Het hof baseert verdachtes geweldsopzet op diens totale onverschilligheid met betrekking tot de uitvoeringswijze van de overval. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat de verdachte geen aandacht heeft geschonken aan de ‘vorm van geweld’ die bij de diefstal zou worden gebruikt. Uit de hierboven beschreven zaak van de bestuurder van de scooter – die blijkens het vastgestelde plan wist dat de tas zou worden weggegrist – blijkt echter dat de dood van het slachtoffer waarschijnlijk ook voor rekening van de verdachte zou zijn gekomen als hij zich vooraf wél rekenschap had gegeven van een bepaalde uitvoeringswijze. Uit de zaak van de verdachte volgt, net als in de zaak van de bestuurder van de scooter, dat het opzet op het gepleegde geweld in ieder geval in de ogen van het hof een heel globaal karakter mag hebben, zowel in kwalitatieve (gradatie van geweld) als kwantitatieve zin (hoeveelheid geweldshandelingen).

423 Zie HR 16 december 2008, LJN BG2146.

424 Zie CAG Vellinga, punt 5, bewijsmiddel 4.

425 Zie CAG Vellinga, punt 6.

Deze twee samenhangende zaken staan niet op zichzelf. De aanmerkelijke aansprakelijkheidsverruiming waartoe de toepassing van globaal opzet leidt bij het medeplegen van een door het gevolg gekwalificeerd delict, komt ook tot uiting in het arrest NJ 2007, 263.⁴²⁶ Het draait in deze zaak om het medeplegen van een poging tot afpersing, de dood ten gevolge hebbende (art. 45 jo. 317 jo. 312 lid 3 Sr). In een dergelijk geval moet elke medepleger opzet hebben op het aanwenden van ‘geweld’ als afpersingsmiddel. Het dodelijk gevolg is geobjectiveerd.

Het gezamenlijk plan bestond uit het afpersen van een slachtoffer in diens woning. Twee mededaders nemen de uitvoering daarvan voor hun rekening, de verdachte houdt buiten de wacht. Na binnenkomst valt het slachtoffer een van de mededaders aan met een mes. Na een worsteling ontfutselt de mededader dat mes, en daarmee doodt hij het slachtoffer. Het hof veroordeelt de verdachte voor het medeplegen van poging tot afpersing de dood ten gevolge hebbende.⁴²⁷ De verdachte zal de kwade kans op geweld in de vorm van ‘messteken’ vanzelfsprekend hebben voorzien noch aanvaard. Uit de beslissing van het hof kan worden afgeleid dat het opzet zich daartoe kennelijk niet hoeft uit te strekken. In cassatie stelt de verdediging dat de verdachte in het geheel geen opzet heeft gehad op het toepassen van enige vorm van geweld. De Hoge Raad verwerpt die klacht, en hij laat het arrest in stand.⁴²⁸

6.4 Besluit

De meeste schrijvers lijken de zienswijze toegedaan dat strafrechtelijke betekenis toekomt aan de omstandigheid dat het opzet van de deelnemer is gericht op een bepaalde vervullingswijze van het grondfeit. De door de deelnemer beoogde en gerealiseerde vervullingswijze van het grondfeit moeten in voldoende mate met elkaar corresponderen. Er bestaat discussie over de toegestane mate van afwijking. Ook bestaat verschil van opvatting ten aanzien van de vraag welke uitvoeringsaspecten niet mogen afwijken van de voorstelling van de deelnemer. Veel vraagpunten worden open gelaten. Zo blijft doorgaans onhelder waarom een bepaald uitvoeringsaspect zo belangrijk is dat het opzet van de deelnemer dit aspect moet omvatten. Daarnaast wordt weinig aandacht besteed aan de vraag of voor alle deelnemers dezelfde maatstaf moet worden gehanteerd; moet het

426 HR 20 februari 2007, LJN AZ2105, NJ 2007, 263, m. nt. Reijntjes. Zie in soortgelijke zin HR 17 januari 2012, LJN BU3997, i.h.b. CAG Vellinga, punt 12-14.

427 Er kan verschillend worden gedacht over de vraag of de dodingshandeling van de mededader ‘geweld’ oplevert in de zin van art. 317 Sr, en om die reden of de dood van het slachtoffer als kwalificerend gevolg mag gelden van afpersing. Zie over deze kwestie CAG Knigge bij HR 20 februari 2007, LJN AZ2105, NJ 2007, 263, m. nt. Reijntjes en Witjens 2011, p. 143-145.

428 Vgl. r.o. 4.2: ‘Het Hof heeft in de gebezigde bewijsmiddelen, in samenhang met de (nadere) bewijsoverwegingen, als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat de verdachte zich in ieder geval bewust was van de aanmerkelijke kans dat de twee mededaders die het huis van het slachtoffer zijn binnengegaan, *geweld* [cursivering, AP] zouden gebruiken om het slachtoffer het door hen gewenste te doen afgeven, en dat hij, nu hij zich door de wetenschap dat het slachtoffer thuis was niet heeft laten weerhouden, deze kans ook heeft aanvaard. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk.’

opzet van de medepleger op dezelfde, meer of minder uitvoeringsaspecten zijn gericht dan het opzet van de medeplichtige? Ten slotte is onhelder of verschil maakt dat het grondfeit bij vergissing anders wordt uitgevoerd (bijvoorbeeld een error in objecto) dan wel dat de pleger opzettelijk afwijkt van wat de deelnemer beoogde.

In het geldende recht wordt van alle deelnemers min of meer hetzelfde globale opzet verlangd; het opzet hoeft niet gericht te zijn op de ‘precieze uitvoeringswijze van het grondfeit’. Het opzet hoeft dus enkel de globale uitvoeringswijze te omvatten. De formulering wekt de indruk dat het opzet niet gericht hoeft te zijn op ondergeschikte uitvoeringsaspecten en laat de mogelijkheid open dat het opzet wél moet zijn betrokken op wezenlijke uitvoeringsaspecten. Het is echter onduidelijk waar de scheidslijn ligt tussen ‘ondergeschikt’ en ‘wezenlijk’, en aan de hand waarvan dat verschil moet worden bepaald. Het gebruik van globaal opzet opent de weg voor een aanzienlijke verruiming van de aansprakelijkheid van de medepleger in het kader van door het gevolg gekwalificeerde delicten. Als de medepleger in geval van diefstal met geweld bijvoorbeeld enkel opzet heeft op een lichte vorm van geweld, dan kan hij een veel zwaardere vorm van geweld voor zijn rekening krijgen – die zwaardere vorm betreft kennelijk de ‘precieze uitvoeringswijze’ – en op basis van die zwaardere geweldshandeling het geobjectiveerde dodelijke gevolg daarvan.

In materiële zin is de invulling van het globaal opzet van de medepleger soortgelijk aan die van het opzet van de pleger; in beide gevallen wordt het opzet niet snel aangetast door een van de voorstelling afwijkende vervullingswijze van het beoogde delict. Het verschil is dat dit resultaat bij plegen wordt bereikt door een ruime toepassing van het voorwaardelijk opzet, waardoor feitelijke afwijkingen worden weggepoetst. Ingeval van de medepleger doet het globaal opzet het werk.

7 Conclusie

De voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking moet zijn betrokken op een concreet, te individualiseren grondfeit. Het onderling verdelen van taken over de medeplegers is mogelijk, mits elke medepleger een bepaalde bijdrage levert aan de samenwerking. Die bijdrage kan zijn gedaan in de fase die voorafgaat aan de delictsuitvoering. Dat maakt dat men een strafbaar feit kan medeplegen zonder dat men bij de delictsuitvoering aanwezig is. De keerzijde daarvan is dat als in dat geval de mededader méér delicten realiseert dan afgesproken, de aansprakelijkheid van de (lijfelijk afwezige) medepleger *niet* wordt beperkt door zijn bijdrage; dat aandeel werkt immers al snel door in de verschillende delicten die zijn gerealiseerd. Het initiëren van een moord en het daartoe leveren van een vuurwapen aan de mededader kan bijvoorbeeld maken dat niet alleen een bijdrage is geleverd aan het grondfeit (moord), maar ook aan andere levensdelicten die de mededader verwezenlijkt.

Het beeld dat de rechtspraak oproept, is dat het al snel redelijk wordt gevonden om de medepleger die (overduidelijk) een wezenlijke bijdrage levert aan het grondfeit, ook aansprakelijk te houden voor een onvoorziene uitvoeringswijze daarvan of een samenhangend delict. Met andere woorden: als is vastgesteld

dat de medepleger bewust en nauw samenwerkt met een mededader, dan wordt hij vrij gemakkelijk aansprakelijk gehouden voor alle delicten die de mededader vervolgens verwezenlijkt (aansprakelijkheid voor het geheel). Die gedachte, dat medeplegen aansprakelijkheid voor het geheel schept, komt tot uitdrukking bij de volgende thema's. In de eerste plaats wordt aan de bewuste en nauwe samenwerking een ruime *risicosfeer* toegekend. Van een door de medepleger niet-voorzien delictshandeling van zijn mededader wordt gemakkelijk aangenomen dat deze in bewuste en nauwe samenwerking is verricht. Op basis daarvan kan deze voor rekening worden gebracht van de medepleger. In de tweede plaats wordt een ruime invulling gegeven aan het *delictsoptzet* dat wordt geëist van de medepleger. De in de bewijsmiddelen opgenomen feiten en omstandigheden waaruit de voor opzet vereiste geestesgesteldheid wordt afgeleid, lijken dat oordeel niet altijd te kunnen dragen. De gedachte dat medeplegen aansprakelijkheid voor het geheel schept, komt in de derde plaats tot uitdrukking bij het thema *globaal opzet*. De 'precieze uitvoeringswijze', waartoe de opzeteis zich niet uitstrekt, lijkt een ruime omvang te hebben. Onder vigeur van globaal opzet kan in geval van een door het gevolg gekwalificeerd delict als diefstal met geweld de dood ten gevolge hebbende, gradueel aanmerkelijk zwaarder geweld en het geobjectiveerde gevolg daarvan voor rekening worden gebracht van de medepleger, terwijl die medepleger een lichte geweldshandeling beoogde. Zo toegepast verruimt het globaal opzet de aansprakelijkheid van de medepleger aanzienlijk. In de vierde plaats wordt de medepleger in het geldende recht aansprakelijk gehouden voor een *kwalificerend gevolg*, ook als zijn mededader dat gevolg opzettelijk realiseerde. Bijvoorbeeld: de medeplegers hebben het gezamenlijk plan om het slachtoffer te mishandelen, maar op de plaats van het delict pleegt de mededader een doodslag, de medepleger is aansprakelijk voor mishandeling de dood ten gevolge hebbende. Over de vraag of dat oordeel houdbaar is, wordt in de literatuur verschillend gedacht.

De gedachte dat medeplegers aansprakelijk zijn voor het geheel wortelt in de wetsgeschiedenis – met betrekking tot kwalificerende omstandigheden – en deze vindt op hoofdlijnen ondersteuning in de strafrechtelijke literatuur. De uitkomst – aansprakelijkheid van de medepleger – wordt in een bijzonder geval vaak onderschreven. Het bezwaar van sommige schrijvers is gericht tegen de wijze waarop tot die uitkomst wordt gekomen. De tegenwerpingen richten zich hoofdzakelijk tegen de verborgen toerekening die plaatsvindt met het bewezen verklaren van delictsoptzet; om tot het gewenste resultaat te komen (aansprakelijkheid van de medepleger) worden zulke lichte eisen aan het bewijs van dat opzet gesteld, dat het opzet een oneigenlijke invulling krijgt. Het bewijs van opzet suggereert dat een *geestesgesteldheid* bij de medepleger wordt vastgesteld, terwijl de gang van zaken in feite aan de medepleger wordt *toegerekend*.

Hoofdstuk 2

Mittäterschaft

1 Inleiding

Centraal in dit hoofdstuk staat de vraag onder welke voorwaarden de Mittäter aansprakelijk is voor het door zijn mededader vervulde deel van het opzetdelict (Vorsatzdelikt). Inleidend wordt daartoe allereerst het onderscheid tussen de categorie Täter – waartoe de Mittäter behoort – en Teilnehmer in kaart gebracht (paragraaf 2). Daaropvolgend worden de contouren geschetst van Mittäterschaft (paragraaf 3). Het Tatplan – het gezamenlijk delictopzet (gemeinsame Vorsatz) van de Mittäter en zijn mededader – begrenst de reikwijdte van Mittäterschaft. Om die reden ga ik in paragraaf 4 dieper in op het begrip ‘Vorsatz’. De slotparagraaf beslaat de meeste pagina’s. Daarin wordt beschreven hoe in de rechtspraak wordt omgegaan met gevallen waarin het gepleegde feit afwijkt van het door de Mittäter beoogde. Vanuit de literatuur gegeven reflecties op die jurisprudentie worden in de beschrijving betrokken.

Tot slot een opmerking over de terminologie. Sommige termen, waarvan ‘Mittäter’ de belangrijkste is, worden in enkelvoud en meervoud op dezelfde wijze gespeld. Uit de context zal blijken welke grammaticale vorm is bedoeld. Bij de behandeling van casusposities heb ik met ‘Mittäter’ telkens het enkelvoud op het oog; het is dan telkens de vraag of de ‘Mittäter’ aansprakelijk is voor het door zijn ‘mededader’ vervulde deel van het opzetdelict.

2 Täter en Teilnehmer

2.1 Kernbepalingen: § 25-27 StGB

Täterschaft is geregeld in § 25 StGB. Die wetsbepaling luidt:

§ 25 Täterschaft

- (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.
- (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).

Deze bepaling beschrijft drie vormen van daderschap.¹ De unmittelbare Täter vervult *eigenhandig* alle delictsbestanddelen.² Om die reden correspondeert deze daderschapsvorm met de fysieke pleger in Nederland. De mittelbare Täter (Hintermann) begaat het strafbaar feit *door een ander* (Vordermann); de

1 Zo Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 1. In de literatuur wordt wel gewezen op een vierde vorm van plegen: het zogenaamde ‘Nebentäterschaft’ of ‘Mehrtäterschaft’. In een dergelijk geval plegen meerdere personen *onafhankelijk* van elkaar hetzelfde delict. Zie daarover Rn. 100.

2 Heine 2010, § 25 Rn. 2; Schünemann 2007, § 25 Rn. 53.

Hintermann verricht de feitelijke delictshandeling niet zelf, maar in plaats daarvan gebruikt hij de Vordermann als werktuig om die handeling voor hem te verrichten.³ Ideaaltypisch is die Vordermann niet strafbaar voor dat delict.⁴ Dit ideaaltype ligt dicht aan tegen de Nederlandse doen pleger. Voor doen plegen is immers vereist dat het werktuig niet-strafbaar is voor het delict dat de doen pleger begaat.

Ten slotte regelt het tweede lid van § 25 StGB de strafbaarheid wegens Mittäterschaft. Daarvan is sprake als meerdere personen *in samenwerking*⁵ een delict begaan. Het Duitse recht vereist dus niet dat elke afzonderlijke Mittäter eigenhandig de feitelijke delictshandeling (mede) verricht.⁶ Mittäterschaft is wat betreft zijn grondslag verwant aan medeplegen: het bewust samenwerken met het oog op het verwezenlijken van een delict, is de basis voor het over en weer toerekenen van handelingen die worden verricht in het kader van die samenwerking.⁷

De twee vormen van Teilnahme worden genoemd in § 26 en 27 StGB:

§ 26 Anstiftung

Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.

§ 27 Beihilfe

(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.

(2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

Op deze plaats is het enkel van belang te wijzen op de objectieve bijdrage van de

3 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 6.

4 Zie bijvoorbeeld Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 6a; Schünemann 2007, § 25 Rn. 61. Die niet-strafbaarheid kan verschillende oorzaken hebben. Bijvoorbeeld: de Vordermann handelt niet 'Tatbestandmäßig' (d.i.: hij vervult niet alle delictsbestanddelen), niet 'rechtswidrig' (er is een rechtvaardigingsgrond van toepassing) of hij heeft geen 'Schuld' (er is een schulduitsluitingsgrond van toepassing). Het is echter niet *noodzakelijk* dat de Vordermann niet-strafbaar is voor hetzelfde delict als de Hintermann; in bepaalde situaties kan er sprake zijn van middelbare Täterschaft, ook wanneer de Vordermann aansprakelijk is voor hetzelfde delict als de Hintermann. Zie daarover Heine 2010, § 25 Rn. 6a jo. 21 e.v.

5 Op dit punt onderscheidt Mittäterschaft zich van het in nt. 1 genoemde Nebentäterschaft; niet vereist is dat elke Mittäter afzonderlijk de feitelijke delictshandeling vervult, waardoor niet elke Mittäter noodzakelijkerwijs een unmittelbare Täter is (die immers de *gehele* delictsomschrijving vervult). Nebentäter daarentegen vervullen elk afzonderlijk de *gehele* delictsomschrijving. Zij zijn elk unmittelbare Täter.

6 Schünemann 2007, § 25 Rn. 155. In het StGB van 1871, de voorloper van het in 1975 hervormde Strafgesetzbuch, werd Mittäterschaft nog omschreven als het 'gemeinschaftlich *ausführen* [cursivering, AP]' (§ 47). Het woord 'begehen' wordt geacht beter dan 'ausführen' tot uitdrukking te brengen dat niet is vereist dat elke Mittäter afzonderlijk de feitelijke delictshandeling verricht.

7 Zie daarover paragraaf 3.3.2.

Teilnehmer aan het delict. In tegenstelling tot de Täter, het collectief Mittäter en de middelbare Täter, begaat de Teilnehmer het strafbaar feit niet zelf: de Anstifter – soortgelijk aan de uitlokker – beweegt een ander ertoe een delict te plegen (§ 26: een ander ‘bestimmen’), terwijl de Beihilfe – soortgelijk aan de medeplichtige – behulpzaam is bij het plegen van een strafbaar feit (§ 27: een ander ‘Hilfe leisten’). Dit maakt dat de aansprakelijkheid van de Teilnehmer accessoir is aan die van een Täter.

De Duitse wetgever heeft er in het StGB dus voor gekozen om een onderscheid te maken tussen daders en deelnemers.⁸ Daarmee is de noodzaak gegeven om criteria vast te stellen aan de hand waarvan de Täter kan worden onderscheiden van de Teilnehmer. In de heersende leer (literatuur) wordt dat onderscheid tegenwoordig gemaakt aan de hand van de ‘Tatherrschaftslehre’. Het Bundesgerichtshof (BGH) maakt dat verschil op basis van de zogenaamde ‘normative Kombinationstheorie’, welke opvatting plaatsbiedt aan elementen van de Tatherrschaftslehre en daarbuiten vallende factoren. Eerst wordt kort stilgestaan bij de totstandkomingswijze van de Tatherrschaftslehre en de normative Kombinationstheorie, waarna de verhouding tussen beiden wordt bepaald.

2.2 Het onderscheid tussen Täter en Teilnehmer in de dogmatiek

2.2.1 De voorlopers van de Tatherrschaftslehre

De Tatherrschaftslehre wordt opgevat als een synthese van subjectieve theorieën (de Dolus- en Interessentheorie) en een objectieve theorie (de formal-objective Theorie).⁹

De *subjectieve theorieën* stammen uit het begin van de negentiende eeuw.¹⁰ Aan de wortel van deze theorieën ligt een buitenwettelijk, *extensief* *daderschapsbegrip*.¹¹ Het gemeenschappelijk kenmerk van deze subjectieve theorieën is dat zij het onderscheid tussen Täterschaft en Teinahme zoeken in de mentale houding waarmee de actor zijn causale bijdrage levert aan het delict: levert hij die bijdrage

8 Dat is geen vanzelfsprekendheid. In het ‘Ordnungswidrigkeitenrecht’ wordt dat onderscheid *niet* gemaakt. In het kader daarvan wordt een zogenaamd ‘Einheitstäterbegriff’ gehanteerd (§ 14 OWiG). Daarover Jescheck/Weigend 1996, p. 645.

9 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 62; Schünemann 2007, § 25 Rn. 7; Roxin 2003a, § 25 Rn. 30.

10 Daarover Schünemann 2007, § 25 Rn. 32; Roxin 2006b, p. 52 en 55-56.

11 Jescheck/Weigend 1996, p. 649-651. Dit daderschapsbegrip rust op de aanname dat *alle oorzaken* voor de verwezenlijking van het delict, *gelijkwaardig* zijn. In deze opvatting is Täter hij die medeveroorzaker is van het delict. Irrelevant is van welk gewicht of belang de bijdrage is voor de realisering van het delict. Zolang de bijdrage in causaal verband staat tot het begane delict, is Täterschaft gegeven. Dat betekent dat uitgaande van een extensief daderschapsbegrip ook de Anstifter en Beihilfe op zichzelf Täter zijn; hun deelnemingsgedraging levert immers een causale bijdrage aan de realisering van het gronddelict. Het extensieve daderschapsbegrip maakt het logisch onmogelijk om op basis van objectieve criteria – de aard van de bijdrage – de Täter te onderscheiden van de Teilnehmer. Vandaar dat is gezocht naar subjectieve criteria, die de Täter zou doen verschillen van de Teilnehmer. Dit zijn de zogenaamde ‘subjective Theorien’.

met Täterwillen (*animus auctoris*) dan is hij Täter, verricht hij diezelfde bijdrage met Teilnehmerwillen (*animus socii*) dan is hij Teilnehmer.¹² Anders gezegd: de Täter ziet het delict als ‘zijn’ delict, terwijl de Teilnehmer zijn gedragingen beschouwt als een bijdrage aan ‘andermans’ delict.¹³ De categorie subjectieve theorieën wordt wel onderverdeeld in de Dolustheorie – kortweg: de Täter *beslist* of het delict al dan niet wordt verwezenlijkt¹⁴ – en de Interessentheorie – kortweg: de Täter heeft meer *belang* bij het realiseren van het delict dan de Teilnehmer¹⁵. Het extensieve daderschapsbegrip en de daaraan gekoppelde subjectieve theorieën vinden tegenwoordig weinig bijval in de literatuur.¹⁶ Tegen deze theorieën wordt eerst en vooral aangevoerd dat zij regelrecht ingaan tegen de deelnemingsregeling, waarin juist objectieve onderscheidingscriteria een prominentere plaats innemen.¹⁷ De rechtspraak heeft de subjectieve theorieën echter niet de rug toegekeerd. Zij gelden volgens vaste rechtspraak van de BGH nog steeds als het uitgangspunt voor de onderscheiding tussen Täter en Teilnehmer.¹⁸ De laatste veertig jaar lijkt de rechtspraak echter meer en meer toe te bewegen naar de, hieronder aan bod komende, Tatherrschaftslehre.¹⁹

De *formal-objektive Theorie* knoopt aan bij een *restrictief daderschapsbegrip*. Dat begrip houdt in dat Täter is hij die de gehele delictsomschrijving vervult.²⁰ De formal objektive Theorie bouwt daarop voort door de categorie daders verder te beperken tot zij die de feitelijke delictshandeling *eigenhandig* verrichten (en daarnaast de gehele delictsomschrijving vervullen).²¹ Het restrictieve daderschapsbegrip fungeert tegenwoordig nog steeds als uitgangspunt voor de vaststelling van daderschap.²² Dit daderschapsbegrip is verenigbaar met de wettekst van § 25 StGB, waarin het ‘begehen’ van een delict immers het daderschap bepaalt. De formeel-objectieve theorie wordt echter niet meer

12 Schünemann 2007, § 25 Rn. 2; Jescheck/Weigend 1996, p. 650.

13 Zo Jescheck/Weigend 1996, p. 650: ‘Der Täter will die Tat “als eigene”, (...) der Teilnehmer will die Tat “als fremde”’.

14 Volgens de Dolustheorie is doorslaggevend de vraag of de bijdrage al dan niet is geleverd met ‘Willensunterordnung’. Teilnehmer is hij die zich ongeschikt opstelt ten opzichte van een ander, door aan die ander over te laten of het delict al dan niet wordt uitgevoerd. Zie Schünemann 2007, § 25 Rn. 3.

15 In dat verband draait het om de ‘Grad des eigenen Interesses am Erfolge’. Zie hierover Schünemann 2007, § 25 Rn. 2-5.

16 Zo Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 56; Schünemann 2007, § 25 Rn. 5; Jescheck/Weigend 1996, p. 651.

17 Zo bijvoorbeeld Schünemann 2007, § 25 Rn. 32 jo. 35; Jescheck/Weigend 1996, p. 651. Zo maakt bijvoorbeeld § 25 Abs. 2 iemand tot Mittäter op basis van objectieve criteria (‘*begehen mehrere die Tat gemeinschaftlich [cursivering, AP]*’).

18 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 58.

19 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 58. Zie over die beweging paragraaf 2.4.

20 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 6. In gelijke zin Schünemann 2007, § 25 Rn. 6; Roxin 2003a, § 25 Rn. 5; Jescheck/Weigend 1996, p. 648. In deze opvatting ligt besloten dat het onderscheid tussen Täter en Teilnehmer moet worden gezocht in de ‘Tatbestandsverwirklichung’ (delictsverwezenlijking) en niet in de ‘Verursachung’.

21 Jescheck/Weigend 1996, p. 648. In gelijke zin Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 53; Schünemann 2007, § 25 Rn. 6;

22 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 6-7a; Roxin 2003a, § 25 Rn. 5; Jescheck/Weigend 1996, p. 648.

onderschreven.²³ Zij ontbeert verklarende kracht ten aanzien van middelbare Täterschaft (de Hintermann vervult het delict immers niet eigenhandig, maar hij is wel Täter) en Mittäterschaft (men kan naar geldend recht Mittäter zijn zonder zelfstandig alle delictsbestanddelen te vervullen).²⁴

2.2.2 De Tatherrschaftslehre

De Tatherrschaftslehre – systematisch uitgewerkt door Roxin – geldt als de heersende leer in de wetenschap.²⁵ Volgens de Tatherrschaftslehre is ten aanzien van het gros van de delicten Täter, kortweg hij die *controle, macht* (*‘Herrschaft’*) heeft over de *delictsuitvoering*, en Teilnehmer, hij die aan het delict bijdraagt maar controle ontbeert over de uitvoeringswijze daarvan.²⁶

De Tatherrschaftslehre is gebaseerd op een restrictief daderschapsbegrip; het Täterschaft is beperkt tot het in de delictsomschrijving omschreven gedrag. Wat iemand tot Täter maakt, is dat hij de *feitelijke delictshandeling* verricht (*‘tatbestandmäßigen Ausführungshandlung’*).²⁷ De nadruk ligt daarmee op de delictsuitvoering. Daar vindt Roxin dan ook zijn aangrijpingspunt voor Täterschaft.²⁸ De Täter is de sleutelfiguur ten aanzien van het verrichten van de feitelijke delictshandeling.²⁹ Het doorslaggevende argument daarvoor ontleent de schrijver aan de wettekst: in § 25 StGB merkt de wetgever immers als Täter aan zij die het strafbaar feit – alleen, gezamenlijk of door een ander – *begaan* (*‘begehen’*). Daaruit leidt Roxin af dat alle in deze wetsbepaling beschreven Täter sleutelfiguren zijn bij de delictsuitvoering: *‘Alle drei Erscheinungsformen der Täterschaft sind aber nur unterschiedliche Ausprägungen der Zentralgestalt eines Ausführungsgeschehens.’*³⁰ De Teilnehmer is daarentegen een *‘Randfigur’*.³¹ Deze randfiguur heeft geen bepalende invloed op de vraag *‘of’* en *‘hoe’* het delict wordt uitgevoerd. Zijn strafbaarheid hangt af van de aanwezigheid van *‘vorsätzlichen Täterschaft’* (accessoriteitseis).³²

23 Schünemann 2007, § 25 Rn. 6.

24 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 54–55; Jescheck/Weigend 1996, p. 649.

25 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 62; Roxin 2006b, p. 655.

26 De Tatherrschaftslehre is als onderscheidend criterium enkel van toepassing op zogenaamde *‘Herrschaftsdelikte’*. In geval van een Herrschaftsdelikt volgt uit de delictsomschrijving dat Täter is de persoon die de tot *‘Deliktsverwirklichung führende Geschehen beherrscht’* (zie Roxin 2003, § 25, Rn. 13). Veel opzetdelicten zijn Herrschaftsdelikten: bij bijvoorbeeld doodslag, mishandeling en diefstal wordt als sleutelfiguur aangemerkt hij die controle heeft over het al dan niet verwezenlijken van de dood/het lichamelijke letsel respectievelijk de wegnemingshandeling. De in deze rechtsvergelijkende studie aan bod komende casusposities zijn zonder uitzondering toegespitst op Herrschaftsdelikten. Om die reden zal in die gevallen de afgrenzing tussen Mittäter en Beihilfe conform de heersende leer moeten worden gevonden aan de hand van de Tatherrschaftslehre.

27 Zie Roxin 2003a, § 25 Rn. 5.

28 Roxin 2003a, § 25 Rn. 10–11.

29 Roxin 2006b, p. 336; Roxin 2003a, § 25 Rn. 27.

30 Roxin 2003a, § 25 Rn. 11.

31 Roxin 2003a, § 25 Rn. 10.

32 Zo Roxin 2003a, § 25 Rn. 10.

2.3 Rechtspraak: de normative Kombinationstheorie

Het Reichsgericht, tot 1945 de hoogste strafrechtelijke instantie, betoonde zich een aanhanger van de subjectieve theorieën.³³ Het BGH vaart vandaag de dag een enigszins andere koers. Hoewel het BGH vaak lippendienst belijdt aan de subjectieve leer, spelen in de huidige rechtspraak ook objectieve factoren een rol bij de vaststelling van Täterschaft.³⁴ In de literatuur wordt deze tendens wel beschreven als een verdere toenadering tot de Tatherrschaftslehre.³⁵ De mate van toenadering verschilt per Täterschaftsvorm. In geval van Täter en mittelbare Täter lijkt de Tatherrschaftslehre van beslissende betekenis.³⁶ Ten aanzien van het onderscheid tussen Mittäter en Beihilfe, neemt het Tatherrschaftscriterium een *minder* prominente plaats in.³⁷ Uit deze rechtspraak zou blijken dat de rechtspraak het onderscheid tussen Mittäter en Beihilfe bepaalt aan de hand van de ‘normative Kombinationstheorie’.³⁸ Het standaardcriterium dat de Mittäter afgrenst van de Beihilfe, luidt als volgt:

“dass jeder Mittäter *“seinen Tatbeitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt die Tätigkeit des anderen als Ergänzung seines eigenen Tatanteils wollen”* müsse. Ob jemand *“dieses enge Verhältnis zur Tat haben”* wolle, sei, *“nach den gesamten Umständen (...) in wertender Betrachtung zu beurteilen”*. *Wesentliche Anhaltspunkte* für diese Wertung könnten gefunden werden *“im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so das Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich vom Willen des Angeklagten abhängen* [cursiveringen, AP].”³⁹

De eerste gecursiveerde zin wordt zo opgevat, dat ook in de huidige rechtspraak het hebben van *Täterwillen* – een element van de subjectieve theorie – de Mittäter onderscheidt van de Beihilfe.⁴⁰ Maar waar aan het Täterwillen oorspronkelijk een psychische inhoud werd toegekend, daar is het Täterwillen in de huidige rechtspraak de uitkomst van een afweging (tweede cursivering) van verschillende subjectief en objectief getinte aanknopingspunten (derde cursivering).⁴¹ Op basis van het feitencomplex moet gezegd kunnen worden dat uitvoering en afloop

33 Zie Schünemann 2007, § 25 Rn. 17. Een illuster voorbeeld in dat verband is zijn beslissing in de beruchte ‘Badewannenfall’ (RG 19 februari 1940, RGSt 74, 84).

34 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 87-93.

35 Schünemann 2007, § 25 Rn. 25-30.

36 Zie bijvoorbeeld Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 87-93; Schünemann 2007, § 25 Rn. 26-27; Roxin 2003a, § 25 Rn. 42. Iets voorzichtiger ten aanzien van mittelbare Täterschaft: Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 87-93.

37 Schünemann 2007, § 25 Rn. 27.

38 Schünemann 2007, § 25 Rn. 23, 28-30; Roxin 2003a, § 25 Rn. 22-26.

39 Het betreft een citaat van Schünemann, ontleend aan een beslissing van het Bundesverfassungsgerichtshof (BverfG 81, 275). Het daarin vervatte criterium keert in verschillende bewoordingen als standaardcriterium terug in beslissingen van het BGH. Zie Schünemann 2007, § 25 Rn. 28.

40 Roxin 2003a, § 25 Rn. 22.

41 Zo bijvoorbeeld Roxin 2003a, § 25 Rn. 22: het Täterwillen wordt niet als een psychisch resultaat vastgesteld, maar ‘wertend’ toegeschreven ‘auf Grund einer Kombination verschiedener Indizien’. Zo ook Schünemann 2007, § 25 Rn. 29.

van het strafbaar feit, in beslissende of belangrijke mate ('maßgeblich') heeft afgehangen van de wil van de Mittäter (vierde cursivering). Dan pas is sprake van Täterwillen.

Vier aanknopingspunten zijn in dat verband van wezenlijke betekenis: de Eigeninteresse, de Umfang der Tatbeteiligung, het uitoefenen van Tatherrschaft en de Wille zur Tatherrschaft. De gegeven aanknopingspunten behelzen echter geen uitputtende opsomming ('können') van relevante factoren voor de vaststelling van Täterwillen. Ook worden de wél genoemde aanknopingspunten niet gerangschikt naar gewicht, terwijl duister blijft wat de ratio is van het kiezen van juist deze aanknopingspunten.⁴² Dit open afgrenzingscriterium herbergt elementen uit zowel de subjectieve theorie als de Tatherrschaftslehre.⁴³ Het kernverschil tussen de heersende leer (Tatherrschaftslehre) en de rechtspraak (normative Kombinationstheorie) is dat volgens de eerste voor Mittäterschaft is vereist dat elke Mittäter een *wezenlijke* bijdrage levert aan de uitvoering van het gezamenlijk plan, terwijl het BGH soms genoeg neemt met slechts een *ondersteunend* aandeel.⁴⁴

2.4 Besluit

Het *begaan* van het strafbaar feit onderscheidt de Täter van de Teilnehmer. Die sleutelrol laat zien dat het geldende Duitse recht stoelt op een restrictief daderschapsbegrip. Dat begrip werd oorspronkelijk zo begrepen dat enkel Täter is wie alle delictsbestanddelen eigenhandig vervult. Het bestaan van middelbare Täterschaft en Mittäterschaft geeft daaraan een verruiming; ook hij is dader wie alle delictsbestanddelen vervult, maar daarbij de feitelijke delictshandeling verricht door of in samenwerking met een ander.

In de literatuur zijn criteria ontwikkeld op basis waarvan de feitelijke delictshandeling als *eigen* handeling mag worden toegeschreven aan een actor. In de heersende leer zijn die criteria neergelegd in de Tatherrschaftslehre; hij die Tatherrschaft heeft, is Täter. Hieronder zullen we zien dat ingeval van Mittäterschaft zogenaamde 'funktioneller Tatherrschaft' is vereist. Het normatieve kader dat wordt gehanteerd in de rechtspraak, verschilt daarvan enigszins. Uitgangspunt blijft het hebben van Täterwillen, maar de subjectieve inhoud die dit begrip oorspronkelijk heeft gehad, is tegenwoordig grotendeels met Tatherrschaftscriteria ingevuld. Beide normatieve kaders liggen dus dicht tegen elkaar aan. Het grootste verschil daartussen in verband met Mittäterschaft betreft de vereiste objectieve bijdrage aan het delict; volgens de Tatherrschaftslehre is

42 In die zin Roxin 2003a, § 25 Rn. 25.

43 Aldus Roxin 2003a, § 25 Rn. 23; Schönemann 2007, § 25 Rn. 29. Zo kan de term Täterwillen – zij het met een andere inhoud – worden aangemerkt als een overblijfsel van de *subjectieve theorie*. Dat geldt ook voor het aanwijzen van Eigeninteresse als wezenlijk aanknopingspunt voor de aanwezigheid van Täterwillen. De eis dat uitvoering en afloop van het delict kortweg moeten afhangen van de wil van de actor, beschrijft in feite het uitoefenen van *Tatherrschaft*. Daarnaast passen drie van de vier wezenlijke aanknopingspunten – de Umfang der Tatbeteiligung, het uitoefenen van Tatherrschaft en de wil tot Tatherrschaft – zonder meer in de Tatherrschaftslehre.

44 Zie daarover paragraaf 3.3.3.

voor Mittäterschaft een *wezenlijke* bijdrage vereist aan de uitvoering van het gezamenlijk plan, terwijl in de rechtspraak een *ondersteunend* aandeel kan volstaan.

3 De contouren van Mittäterschaft

3.1 Inleiding

Het doel van deze paragraaf is de contouren te schetsen van Mittäterschaft, om op basis daarvan in paragraaf 4 en 5 dieper in te gaan op aansprakelijkheidsvragen rondom het vereiste Vorsatz van de Mittäter. Met het oog daarop is een aantal onderwerpen in het bijzonder van belang.

Zo zal in paragraaf 3.3.2 blijken dat het gezamenlijk Vorsatz van de Mittäter – het gezamenlijk Tatplan – de aansprakelijkheid van de Mittäter begrenst. Een ander belangrijk onderdeel betreft de vangnetfunctie die de erfolgsqualifizierte Delikte vervullen in het kader van Mittäterschaft (paragraaf 3.4.2). In het gros van de gevallen waarin de mededader een strafwaardiger gevolg veroorzaakt dan het gevolg waarop het Tatplan is betrokken – bijvoorbeeld de dood in plaats van de mishandeling van het slachtoffer – komt dat dodelijke gevolg met behulp van een door het gevolg gekwalificeerd delict ook voor rekening van de Mittäter. De figuur teilweise Mittäterschaft schept de mogelijkheid om de Mittäter en zijn mededader een verschillend schuldverwijt te maken (paragraaf 3.5.1). Het in kaart brengen van deze figuur is noodzakelijk voor een goed begrip van paragraaf 5. Datzelfde geldt voor de bijzondere verschijningsvorm sukzessive Mittäterschaft (paragraaf 3.5.2).

3.2 Mittäterschaft als vorm van Täterschaft

3.2.1 Karakter

Op basis van § 25 Abs. 2 StGB is elke afzonderlijke Mittäter een Täter. Dat betekent dat elke Mittäter strafbaar is voor het begaan van een delict op grondslag van de door hemzelf begane rechtsgoedkrenking (Unrecht⁴⁵).⁴⁶ In de literatuur wordt, ter afgrenzing van de Teilnehmer, dan ook wel gesteld dat het Mittäterschaft ‘ihren Unrechtsgehalt in sich selbst trägt’; elke Mittäter is strafbaar voor zijn *eigen* rechtsgoedkrenking (hij begaat een strafbaar feit), terwijl de strafbaarheid van de Teilnehmer de rechtsgoedkrenking van een *ander* vooronderstelt.⁴⁷

De status van ‘Täter’ die aan elke Mittäter toekomt, wordt vertaald in de eis dat de Mittäter enkel strafbaar is wanneer hij de delictsomschrijving (Tatbestand)

45 Het begrip ‘Unrecht’ keert hieronder terug. Dat begrip lijkt de strafwaardigheid van de rechtsgoedkrenking te duiden. Vgl. bijvoorbeeld Wessels/Beulke 2010, § 8 Rn. 281: ‘Eine Quantifizierung und Steigerung der Rechtswidrigkeit (...) ist nicht möglich. Anders beim Unrecht: Tötungsunrecht wiegt zB erheblich schwerer als das Unrecht einer Körperverletzung (...). Im Begriff des “Unrechts” steckt nämlich der mit der rechtswidrigen Tat verbundene *sozialethische Unwert* als solcher [cursivering, AP].’

46 Puppe 2011, § 22 Rn. 3 en Puppe 2007, p. 234; Heine 2010, § 25 Rn. 61 jo. 81; Schünemann 2007, § 25 Rn. 155.

47 Wessels/Beulke 2010, Rn. 531.

vervult.⁴⁸ Net zoals bij medeplegen, mogen bepaalde delictsbestanddelen (Tatumstände) worden verdeeld over de verschillende Mittäter. Het ‘gemeinschaftlich begehen’ van § 25 Abs. 2 StGB wordt begrepen als een *toerekeningsnorm* op basis waarvan objectieve bijdragen van Mittäter aan de totstandkoming van een delict, over en weer kunnen worden toegerekend.⁴⁹ Een handeling van een mededader kan zo aan de Mittäter worden toegerekend *alsof* deze laatste die handeling *zelf* heeft verricht.

Er zijn echter ook delictsbestanddelen die elke Mittäter in persoon moet vervullen. De Duitse regeling blijkt in enkele opzichten te verschillen van de Nederlandse.

3.2.2. Het vervullen van de delictsomschrijving

Gelijk de Nederlandse regeling moet elke Mittäter opzet (Vorsatz) hebben op de door Vorsatz bestreken delictsbestanddelen. Dat volgt rechtstreeks uit de algemene bepaling § 15 StGB: ‘Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.’ Dit artikel wordt zo uitgelegd dat de opzeteis zich wel uitstrekt tot *kwalificerende omstandigheden* (qualifikationsbegründende Merkmale), maar niet tot kwalificerende gevolgen.⁵⁰ Om die reden is de Mittäter enkel strafbaar voor een Körperverletzung ‘mittels einer Waffe’ (§ 224 Abs. 1 (2) StGB⁵¹), wanneer zijn Vorsatz zich uitstrekt tot die kwalificerende omstandigheid (het gebruik van een wapen). Anders dan de medepleger moet de Mittäter bij een *kwaliteitsdelict* (Pflichtdelikt) zelf de vereiste kwaliteit (Täterqualität) bezitten.⁵² De Duitse regeling wijkt ook af van de Nederlandse wat betreft een door de delictsomschrijving vereist oogmerk. Als een delictsomschrijving een *bijkomend oogmerk* (besondere Absicht) vereist, dan moet elke Mittäter dat oogmerk hebben.⁵³

Behalve de Täterqualität hoeft de Mittäter de overige objectieve delictsbestanddelen niet eigenhandig te vervullen. De vervulling daarvan door

48 Heine 2010, § 25 Rn. 81; Wessels/Beulke 2010, Rn. 530.

49 Zo Schünemann 2007, § 25 Rn. 155: ‘Der Regelungsgehalt des § 25 II besteht (...) darin, dass sich die Mittäter ihre wechselseitigen Tatbeiträge je für sich zurechnen lassen müssen, so als ob sie sie in eigener Person begangen hätten.’ In gelijke zin Rengier 2011a, p. 850-851.

50 Wessels/Beulke 2010, § 13 Rn 531; Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 26 jo. 33. Zie paragraaf 3.4.2 over het kwalicerend gevolg.

51 Een zogenaamde ‘gefährliche Körperverletzung’. De delictsomschrijving luidt: ‘Wer die Körperverletzung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.’

52 Zo bijvoorbeeld Rengier 2011a, p. 850-851; Heine 2010, § 25 Rn. 77-78.

53 Zo Rengier 2011a, p. 850. Die strengere eis hoeft niet tot andere aansprakelijkheidsresultaten te leiden dan in Nederland. Zo heeft het delictsbestanddeel waarop het oogmerk is betrokken in het StGB vaak een ruimere inhoud dan in het Wetboek van Strafrecht. Zo bijvoorbeeld § 242 Abs. 1 (Diebstahl). Het vereiste oogmerk is betrokken op de toe-eigening door ‘zichzelf’ of ‘een derde’: ‘Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten [cursivering AP] rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.’ Zie in gelijke zin het delict Raub (§ 249 StGB).

een mededader kan aan de Mittäter worden toegerekend uit hoofde van § 25 Abs. 2 StGB. Zo is, conform de heersende leer ten aanzien van medeplegen, niet vereist dat de Mittäter eigenhandig de *feitelijke delictshandeling* (mede) verricht dan wel een *kwalificerende omstandigheid* vervult.⁵⁴

3.3 Vereisten

3.3.1 Inleiding

Het gedeelde uitgangspunt in de heersende leer en de rechtspraak van het BGH, is dat Mittäterschaft berust op twee centrale vereisten: 1) de aanwezigheid van een *gezamenlijk plan* dat is betrokken op het realiseren van een delict (Tatplan), 2) op basis waarvan elke Mittäter een bepaalde *bijdrage* levert aan de uitvoering van dat plan. Beide voorwaarden worden achtereenvolgens beschreven.

3.3.2 Tatplan

3.3.2.1 Functies

In zowel de heersende leer als de rechtspraak wordt voor Mittäterschaft een gemeenschappelijk Tatplan (of: gemeinsame Tatentschluss)⁵⁵ vereist.⁵⁶ In de literatuur worden aan het Tatplan twee functies toegedicht: dat plan *fundeert* en *begrenst* het aansprakelijkheidsbereik van Mittäterschaft.⁵⁷

Het ‘funderen’ houdt in dat mede het Tatplan – daarnaast is vereist een (wezenlijke) bijdrage aan het delict (paragraaf 3.3.3) – maakt dat individuele bijdragen aan de realisering van het delict in strafrechtelijke zin worden beoordeeld als *gezamenlijke* handelingen. ‘Gezamenlijk’ betekent dat elke Mittäter de bewuste handeling krijgt toegerekend, alsof deze die handeling eigenhandig heeft verricht.

De begrenzende werking van het Tatplan bestaat eruit dat dit plan de omvang bepaalt van die wederzijdse toerekening.⁵⁸ Het Tatplan markeert dus het bereik van Mittäterschaft als toerekeningsnorm. Dat plan begrenst de *feitelijke delictshandelingen* die over en weer kunnen worden toegerekend aan de Mittäter. Een handeling van een mededader die *wezenlijk afwijkt* van het Tatplan – de betekenis daarvan wordt later besproken – kan niet voor rekening komen van de overige Mittäter. Een dergelijke handeling wordt aangemerkt als een ‘Exzess(handlung)’.⁵⁹

54 Zo over de feitelijke delictshandeling bijvoorbeeld Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 73; Wessels/Beulke 2010, Rn. 531. Als in de hoofdtekst over de kwalificerende omstandigheid Heine 2010, § 25 Rn. 85; Wessels/Beulke 2010, Rn. 531. Het enige voorbehoud is dat die omstandigheid niet persoonlijk van aard is. Bij een omstandigheid die persoonlijk van aard is, moet elke afzonderlijke Mittäter daaraan voldoen.

55 Zo bijvoorbeeld Heine 2010, § 25 Rn. 70; Roxin 2006b, p. 723.

56 Zie bijvoorbeeld Schünemann 2007, § 25 Rn. 173; BGH 6 december 1972, NJW 1973, 377.

57 Zo Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 81; Roxin 2003a § 25 Rn. 194.

58 Aldus Rengier 2011a, p. 858; Frister 2009, § 26 Rn. 3.

59 Zo bijvoorbeeld Rengier 2010a, § 44 Rn. 23.

3.3.2.2 Inhoud

Het gezamenlijk Tatplan kent twee belangrijke aspecten. Het eerste is dat het plan is gestoeld op een *bewuste samenwerking*. Het tweede aspect is dat de Mittäter ten tijde van die samenwerking ten minste Eventualvorsatz hebben met betrekking tot het verwezenlijken van het grondfeit. Beide aspecten worden belicht, te beginnen bij het eerste.

1) Bewuste samenwerking

Het Tatplan is pas gemeenschappelijk, wanneer een *wederzijds besef van samenwerking* ('beidseitige bewußte Arbeitsteilung') kan worden vastgesteld.⁶⁰ Van dat wederzijdse besef is sprake zodra de actoren weten dat zij samenwerken met een ander.⁶¹ De samenwerking kan blijken uit een uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsovereenstemming daartoe.⁶² Die wilsovereenstemming of afspraak, al dan niet stilzwijgend, veronderstelt het plaatsvinden van een daarop betrekking hebbende communicatie ('Kommunikationsakt')⁶³. Het plaatsvinden van een Kommunikationsakt impliceert dat het gemeenschappelijk Tatplan een objectieve component kent.⁶⁴

Niet vereist is dat alle Mittäter gezamenlijk inhoud hebben gegeven aan het plan.⁶⁵ Daarbij kan de inhoud van het Tatplan in de loop van de tijd wijzigen: het aanvankelijke plan om A te doden kan – bijvoorbeeld door een onverwachte gang van zaken op de plaats delict: A wordt vergezeld door B – zich ontwikkelen tot doodslag op A en B.⁶⁶ Zodra iemand zich verbindt aan een al dan niet gewijzigd plan, en dat plan in wederzijds besef van samenwerking wordt voortgezet, wordt het plan daarmee een *gemeenschappelijk plan*.⁶⁷ Deze gevallen, waarin iemand 'einsteigt' in de uitvoering van het (gewijzigde) plan van een ander, worden gevat in de categorie *sukzessive Mittäterschaft*.⁶⁸

In de kern van de zaak is het *type* Tatplan (uitdrukkelijk of stilzwijgend) of het *stadium* waarin dat plan totstandkomt irrelevant. Een Tatplan is gevestigd, zodra kan worden vastgesteld dát sprake is van wilsovereenstemming met betrekking tot het samenwerken.

2) Eventualvorsatz ten aanzien van een delict

Het Tatplan wordt in de heersende leer begrepen als het gemeenschappelijk

60 Roxin 2006b, p. 723. In gelijke zin Kühl 2012, § 20 Rn. 98; Heine 2010, § 25 Rn. 71.

61 Zo Heine 2010, § 25 Rn. 71.

62 Zo bijvoorbeeld Joecks 2011, § 25 Rn. 230.

63 Kühl 2012, § 20 Rn. 104. Zo ook Puppe 2007, p. 238.

64 Zo Kühl 2012, § 20 Rn. 104.

65 Zie bijvoorbeeld Schild 2013, § 25 Rn. 128.

66 Zie bijvoorbeeld Stuckenberg 2007, p. 705–706.

67 In die zin Roxin 2003a, § 25 Rn. 192.

68 Zo Schild 2013, § 25 Rn. 128. Zie daarover paragraaf 3.5.2 en 5.5.

opzet (gemeinsame Vorsatz) van Mittäter op het verwezenlijken van een delict.⁶⁹ *Eventualvorsatz* – het Duitse equivalent van voorwaardelijk opzet – volstaat: als A en B volgens plan proberen C bewusteloos te maken door middel van een wurgingshandeling, dan is het Tatplan in voorwaardelijke zin betrokken op Totschlag (§ 212 StGB), wanneer zowel A als B *Eventualvorsatz* heeft ten aanzien van de dood van C.⁷⁰ Het gemeenschappelijk dodingsopzet maakt dan dat de wurgingshandeling als dodingshandeling voor rekening kan komen van A en B.⁷¹ Beide zijn als Mittäter aansprakelijk voor Totschlag.

In het voorbeeld is het *Eventualvorsatz* slechts betrokken op het delictsgevolg: de dood van het slachtoffer. Het verrichten van de feitelijke delictshandeling (het wurgen) is afgesproken. Om die reden is de wurgingshandeling zonder meer in samenwerking begaan; het betreft een uitvoeringshandeling die over en weer kan worden toegerekend.⁷² Het Tatplan kan zich echter ook uitstrekken tot feitelijke delictshandelingen die zonder meer buiten de afspraak vallen. Zo is mogelijk dat B een handeling verricht die een ander delict of kwalificerende omstandigheid vervult, terwijl hij het verrichten van deze handeling niet met A is overeengekomen. De casuspositie hieronder is een voorbeeld van een feitelijke delictshandeling die wordt verricht buiten de afspraak om:

A en B spreken af om een juwelier te overvallen: A zal de sieraden wegnemen, terwijl B de juwelier zal beletten die diefstal te vrijdelen door hem met de vuist een tik op de neus te geven. A heeft van C gehoord dat B bij overvallen een boksbeugel gebruikt. A aanvaardt het risico dat B ook bij deze overval een boksbeugel aanwendt. Zijn vermoeden komt uit: na het geven van de afgesproken tik op de neus, tovert B op de plaats delict een boksbeugel uit zijn zak. Daarmee deelt B nogmaals een tik uit aan de doodsbange juwelier. Enkele sieraden worden weggenomen, waarna A en B het hazenpad kiezen.

Indien alleen de *overeengekomen* handelingen in ogenschouw zouden worden genomen, dan zou A enkel als Mittäter strafbaar zijn voor Raub (§ 249 StGB), kortweg: diefstal met geweld.⁷³ De tik op de neus is immers gerealiseerd. De tweede klap met de boksbeugel valt buiten de gezamenlijke afspraak. Met die klap vervult B een kwalificerende omstandigheid van Raub, namelijk het ‘aanwenden van een wapen’ (schwerer Raub: § 250 Abs. 2 (1) StGB).⁷⁴ Zoals is vereist,

69 Zo bijvoorbeeld Rengier 2010a, § 44 Rn. 23; Stuckenberg 2007, p. 705–706; Roxin 2003b, § 25 Rn. 175.

70 Zie Puppe 2007, p. 236–237 en BGH 22 april 1955, BGHSt 7, 363 (Lederriemenfall). Nader over *Eventualvorsatz* paragraaf 4.2.2.

71 Vgl. Bloy 2000, p. 394: ‘Wohin das Handlungsprojekt in concreto jeweils besteht, wird im Falle des Vorsatzdelikts durch den tatbestandlichen Erfolg als Bezugspunkt des Handelns festgelegt.’

72 Zie over de term ‘uitvoeringshandeling’ al de inleiding van dit proefschrift. Het betreft een feitelijke delictshandeling die is verricht binnen het kader van de samenwerking.

73 § 249 StGB Abs. 1 luidt: ‘Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.’

74 § 250 Abs. 2 (1) StGB luidt: ‘Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der

strekt het Eventualvorsatz van A zich uit tot de kwalificerende omstandigheid: het ‘aanwenden van een wapen’. In dat geval kan de niet-afgesproken feitelijke delictshandeling die deze omstandigheid vervult – het gebruik van de boksbeugel bij de overval op de juwelier – ook worden toegerekend aan A.⁷⁵ De redenering is dan dat het Tatplan wordt *geacht* deze handelwijze te omvatten.⁷⁶ In dat geval zijn A en B Mittäter van schwerer Raub.

Het Eventualvorsatz van de Mittäter markeert dus het bereik van het Tatplan. De betreffende delictsomschrijving (Tatbestand) bepaalt waarop het Vorsatz moet zijn betrokken. Bij een doleus gevolgsdelict als Totschlag moet het Eventualvorsatz zijn gericht op het delictsgevolg; de dood van het slachtoffer. In paragraaf 4 zal blijken dat het Eventualvorsatz van de Mittäter zich ook moet uitstrekken tot de wezenlijke omtrek van de wijze waarop dat gevolg tot stand komt (Kausalverlauf). Ook de feitelijke delictshandeling van de mededader wordt gerekend tot die totstandkomingswijze. Die handeling is immers een causale schakel in de wijze waarop het delictsgevolg intreedt; in het voorbeeld hierboven is de wurgingshandeling van B de onmiddellijke oorzaak van de levensberoving van het slachtoffer. In de heersende rechtspraak wordt de feitelijke delictshandeling geacht te zijn omvat door het Eventualvorsatz van de Mittäter, zolang die handeling niet wezenlijk afwijkt van de voorstellingen die de Mittäter zich heeft gemaakt van de totstandkomingswijze van het delictsgevolg. In paragraaf 4 wordt ingegaan op de criteria op grond waarvan een wezenlijke afwijking wordt onderscheiden van een niet-wezenlijk verschil.

3.3.3 Gezamenlijke uitvoering

Behalve het bestaan van een gemeenschappelijk Tatplan, kent Mittäterschaft een tweede centraal vereiste: de Mittäter moet een bepaalde bijdrage leveren aan de uitvoering van dat plan. In de *heersende leer* – de heersende visie in de literatuur – wordt van Mittäter vereist dat zij de uitvoering van het Tatplan *gezamenlijk* beheersen (funktioneller Tatherrschaft).⁷⁷

Die gezamenlijke beheersing komt erop neer dat elke Mittäter een *wezenlijke bijdrage* moet leveren aan de uitvoering van het Tatplan.⁷⁸ De eis waarborgt dat de Mittäter het delict als functioneel gelijkwaardigen uitvoeren.⁷⁹ Wat al dan niet als ‘wezenlijk’ heeft te gelden, is niet precies omlijnd.⁸⁰ De waardering moet

Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub bei der Tat *eine Waffe* (...) *verwendet* [cursivering, AP]’.

75 Zo bijvoorbeeld Weisser 2011, p. 438-439; Heine 2010, § 25 Rn. 94; Schünemann 2007, § 25 Rn. 176.

76 Uitdrukkelijk zo Roxin 2003a, § 25 Rn. 196.

77 Zie bijvoorbeeld Weisser 2011, p. 333; Schünemann 2007, § 25 Rn. 156. De funktioneller Tatherrschaft vooronderstelt een taakverdeling. Dat wordt het ‘Prinzip der Arbeitsteilung’ genoemd (zie bijvoorbeeld Schünemann 2007, § 25 Rn. 173; Roxin 2003a, § 25 Rn. 188). Zie in algemene zin over Tatherrschaft paragraaf 2.2.2.

78 Zo bijvoorbeeld Heine 2010, § 25 Rn. 63-69; Schünemann 2007, § 25 Rn. 188-189; Roxin 2003a, § 25 Rn. 188-189 jo. 211.

79 Zie Heine 2010, § 25 Rn. 70; Jescheck/Weigend 1996, p. 652.

80 Zo ook Weisser 2011, p. 337: ‘Klare und vom Einzelfall abstrakte Maßstäbe zur Wesentlichkeit eines Mittäterschaftlichen Tatbeitrags sind also im Schrifttum nicht erkennbar (...)’.

plaatsvinden op basis van de gehele gang van zaken – de Gesamttat – waarop de samenwerking betrekking heeft.⁸¹ Gelijk aan medeplegen mag dat aandeel in de heersende leer ook worden geleverd in de voorfase van het delict.⁸² Ook in dat stadium wordt het mogelijk geacht om funktioneller Tatherrschaft uit te oefenen over de uitvoering van het Tatplan. In dat verband wordt gewezen op gevallen waarin het rechtssubject grote invloed heeft gehad op de organisatie en planning van een delict.⁸³ Doordat de bijdrage ook kan worden geleverd in het voorbereidende stadium, kan de organisator achter de schermen – de Bandenchef – worden gevangen in de figuur Mittäterschaft.

In paragraaf 2.3 is beschreven dat het BGH Mittäterschaft benadert vanuit de normative Kombinationstheorie. Het normatieve kader van het BGH bleek te verschillen van dat van de heersende leer; waar de laatste het Mittäterschaft benadert vanuit de Tatherrschaftslehre, daar hangt het BGH de eisen voor Mittäterschaft op aan het Täterwillen. De Tatherrschaftslehre bleek echter in hoge mate inhoud te hebben gegeven aan de huidige opvatting van Täterwillen in de rechtspraak.

Conform de heersende opvatting over funktioneller Tatherrschaft, staat een in de voorfase van het delict geleverde bijdrage op zichzelf niet in de weg aan Mittäterschaft. Het BGH stelt echter een lichtere eis aan het gewicht van de bijdrage dan wordt gedaan in de heersende leer. Het is vaste rechtspraak dat een niet-wezenlijke bijdrage niet in de weg hoeft te staan aan Mittäterschaft: ‘Die Annahme von Mittäterschaft erfordert nicht zwingend auch eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter reicht ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung *fördernder Beitrag* aus, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann [cursivering, AP].’⁸⁴

Nu het geleverde aandeel niet ‘wezenlijk’ hoeft te zijn, is het denkbaar dat het BGH in bijzondere gevallen tot een ander aansprakelijkheidsoordeel komt dan wanneer de Tatherrschaftslehre zou worden gevolgd. Daarbij past echter een

81 Weisser 2011, p. 336.

82 Zie Weisser 2011, p. 339-341; Rengier 2011a, p. 855; Heine 2010, § 25 Rn. 66. Anders Schünemann 2007, § 25 Rn. 182-189; Roxin 2003a, § 25 Rn. 198-210. Laatstgenoemde schrijvers zijn van oordeel dat de wezenlijke bijdrage moet worden geleverd in het *uitvoeringsstadium* van het delict. De aanvang van dat stadium valt samen met het begin van het pogingsstadium van het strafbaar feit. De eis dat de bijdrage in het uitvoeringsstadium moet worden geleverd, is ingegeven door de Tatherrschaftsgedachte; wie enkel in een voorafgaand stadium een aandeel levert aan het delict, die kan de gang van zaken rondom het delict weliswaar beïnvloeden (zoals de Anstifter), maar deze niet beheersen. Deze opvatting van Roxin en Schünemann is een minderheidsopvatting.

83 Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 83: ‘Stehen Plan und Organisation, sind die einzelnen Rollen im Rahmen allseits bewusster Tatkoordination zugewiesen und akzeptiert, so “rollt die Ausführung fast von alleine”’. Een grote invloed op het ontwerpen van het plan is dan wel vereist. Het enkel ‘betrokken zijn’ bij dat ontwerp, levert daarom geen wezenlijke bijdrage op (zie Heine 2010, § 25 Rn. 67).

84 BGH 31 oktober 2001, *NSiZ-RR* 2002, 74. Zie voor soortgelijke rechtspraak Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 93.

relativerende noot. Aangezien het BGH de Tatherrschaft erkent als belangrijke factor voor de bepaling van Täterwillen, en de omvang van de bijdrage en de Wille zur Tatherrschaft belangrijke factoren zijn voor de vaststelling van Tatherrschaft, gaat het in wezen om de vraag of het BGH in een bijzonder geval het ‘Tatherrschaft’ beslissend acht ofwel het daaraan wezensvreemde element van ‘Eigeninteresse’ (het belang dat de Mittäter heeft bij het vervullen van het delict).⁸⁵ In dat opzicht vaart het BGH een wisselende koers: soms wordt de Tatherrschaftslehre gevolgd, een andere keer wordt primaire betekenis toegekend aan de Eigeninteresse.⁸⁶

3.4 Toepassingsbereik

3.4.1 Vorsatzdelikte

Naar het geldende recht strekt Mittäterschaft zich naar zijn aard – het Tatplan veronderstelt opzet op het uit te voeren delict – enkel uit tot opzetdelicten (Vorsatzdelikte).⁸⁷ In de literatuur heerst verdeeldheid over de vraag of Mittäterschaft zich ook zou moeten uitstrekken tot culpoze delicten (Fahrlässigkeitsdelikte).⁸⁸ Het BGH heeft deze mogelijkheid tot op heden niet erkend.⁸⁹ Ten aanzien van deze categorie delicten kan men enkel Täter zijn.⁹⁰

3.4.2 Erfolgsqualifizierte Delikte

De categorie door het gevolg gekwalificeerde delicten (erfolgsqualifizierte Delikte) verdient afzonderlijk aandacht. De reden hiervoor is dat in paragraaf 5 zal blijken dat deze categorie delicten in de rechtspraak een vangnetfunctie vervult: in gevallen waarin de mededader het Tatplan wezenlijk overschrijdt (Exzess) door bijvoorbeeld een Totschlag te realiseren in plaats van de afgesproken Körperverletzung, wordt de Mittäter vaak aansprakelijk gehouden voor de door het gevolg gekwalificeerde variant van Körperverletzung (Körperverletzung mit Todesfolge). Eerst wordt kort de achtergrond van deze delicten geschetst. Daarna ga ik in op de aansprakelijkheidsvoorwaarden voor Täter en Mittäter.

3.4.2.1 Achtergrond

De erfolgsqualifizierte Delikte zijn nauw verwant aan de door het gevolg

85 Zo Roxin 2006b, p. 644.

86 Roxin 2006b, p. 644-645. Zie ook Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 93.

87 Zie Kühl 2012, § 20, Rn. 116a; Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 112.

88 Deze figuur wordt enigszins misleidend omschreven als ‘fahrlässige Mittäterschaft’. Zie voor het debat over de mogelijkheid van fahrlässige Mittäterschaft: Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 115; Renzikowski 2007, p. 423-439; Roxin 2003a, § 25 Rn. 239-242.

89 Zie voor voorbeelden Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 115. Roxin, zelf voorstander van de mogelijkheid van fahrlässige Mittäterschaft, zoekt de verklaring voor de stellingname van het BGH onder andere in het feit dat het Tatplan ‘gemeinsame Vorsatz’ veronderstelt. Nu het delictsgevolg bij een culpoos gevolgsdelict door Fahrlässigkeit wordt bestreken, kan om die reden geen sprake zijn van gemeinsame Vorsatz gericht op dat gevolg (Roxin 2003a, § 25 Rn. 239).

90 Zo Heine 2010, Vor § 25 e.v. Rn. 112.

gekwalficeerde delicten in Nederland. Een voorbeeld betreft het delict Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB): ‘Verursacht der Täter durch die Körperverletzung (...) den Tod der verletzten Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.’ Oorspronkelijk werden erfolgsqualifizierte Delikte beheerst door het versari in re illicita-beginsel. Dat beginsel houdt in dat iemand *zonder nader schuldverband* aansprakelijk wordt gehouden voor gevolgen van een handeling die in strijd zijn met de strafwet (Erfolgshaftung).⁹¹ In de loop der tijd heeft deze Erfolgshaftung het veld moeten ruimen voor de opvatting dat het onrechtvaardig is iemand strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor een gevolg, wanneer niet is vastgesteld dat die persoon ten minste een vorm van *culpa* heeft ten aanzien van de intreding daarvan. Sinds 1953 bevat het StGB, anders dan het Wetboek van Strafrecht, dan ook de wettelijke voorwaarde dat de Täter in een bepaald schuldverband moet staan tot het kwalificerend gevolg.⁹² Deze grondregel staat tegenwoordig in § 18 StGB: ‘Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge *wenigstens Fahrlässigkeit* zur Last fällt [cursivering, AP].’⁹³ Naar het geldende recht is de Täter van Körperverletzung enkel aansprakelijk voor de dood van het slachtoffer – het kwalificerend gevolg – als hij fahrlässig is geweest ten aanzien van de verwezenlijking daarvan (§ 227 jo. 18 StGB).

De door het gevolg gekwalficeerde delicten brengen een forse verhoging mee van de strafminima en –maxima.⁹⁴ Zo wordt Körperverletzung mit Todesfolge – dat is: opzet op mishandeling, culpa ten aanzien van de dood van het slachtoffer – bedreigd met een vrijheidsstraf van drie tot vijftien jaren (§ 227 jo. 38 Abs. 2 StGB). Ter vergelijking: voor het gronddelict Körperverletzung en het delict ‘fahrlässige Tötung’ kan een vrijheidsstraf van maximaal vijf jaren worden opgelegd (§ 223 respectievelijk 222 StGB). Het strafmaximum dat staat op Körperverletzung mit Todesfolge is gelijk aan dat van een *opzettelijke* levensberoving: op het delict Totschlag (§ 212 Abs. 1 StGB) staat een vrijheidsstraf van vijf tot vijftien jaren. Daarmee omvat het straftoemingskader van Körperverletzung mit Todesfolge dat van Totschlag.⁹⁵ Het door het gevolg gekwalficeerde delict Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) – waarvoor Leichtfertigkeit, een zwaardere vorm van culpa dan Fahrlässigkeit, is vereist ten aanzien van het kwalificerend gevolg – wordt zelfs bedreigd met een vrijheidsstraf tussen tien jaren en levenslang. Datzelfde strafmaximum staat ook op ernstige gevallen van Totschlag (§ 212 Abs. 2 StGB) en het delict Mord

91 Vgl. Rengier 2011b, p. 479; Rengier 1986, p. 61; Stuckenberg 2007, p. 695. Ingeval van § 227 StGB zou de ‘Körperverletzungshandlung’ een schending opleveren van de strafwet, die de aansprakelijkheid voor het daardoor veroorzaakte dodelijke gevolg zou rechtvaardigen.

92 Zie daarover Rengier 2011b, p. 479–480.

93 Net als in ons rechtsstelsel ten aanzien van ‘culpa’, kan het gaan om bewuste of onbewuste Fahrlässigkeit.

94 Zie daarover ook Ambos 2002, p. 474. Onderstaande alinea is gebaseerd op een uiteenzetting van Stuckenberg. Zie Stuckenberg 2007, p. 695.

95 Als opgemerkt door Stuckenberg (zie Stuckenberg 2007, p. 695).

(211 StGB).

3.4.2.2 Tatbestandstypische Gefährzusammenhang en schuldverband

Elk door het gevolg gekwalificeerd delict bestaat uit een gronddelict en een kwalificerend gevolg. Deze categorie delicten zijn daarmee ‘Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen’: het gronddelict wordt door Vorsatz bestreken, ten aanzien van het kwalificerend gevolg wordt een vorm van culpa geëist. Bij de door het gevolg gekwalificeerde delicten Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) en Raub mit Todesfolge (§ 251) geldt als gronddelict ‘Körperverletzung’ respectievelijk ‘Raub’. Het kwalificerend gevolg – in geval van zowel § 227 als § 251: de dood van, kortweg, het slachtoffer – moet in tatbestandstypische Gefährzusammenhang staan met het begane gronddelict of de poging daartoe. Ik richt de aandacht nu op twee aspecten: eerst de tatbestandstypische Gefährzusammenhang, daarna het vereiste schuldverband aangaande het kwalificerend gevolg.

De *tatbestandstypische Gefährzusammenhang* houdt in dat het kwalificerend gevolg (bijvoorbeeld de dood van het slachtoffer) de verwezenlijking is van het *specifieke gevaar* dat ligt besloten in het begane gronddelict (de Körperverletzung of Raub). Deze eis wordt gesteld in de rechtspraak, en onderschreven door een groot deel van de schrijvers.⁹⁶ De gedachte achter deze eis is het toepassingsbereik van de door het gevolg gekwalificeerde delicten te *beperken*.⁹⁷ De tatbestandstypische Gefährzusammenhang tussen gronddelict en kwalificerend gevolg moet de forse verhoging van het strafmaximum rechtvaardigen.⁹⁸

Wat geldt als ‘specifiek gevaar’, verschilt per delict.⁹⁹ Een belangrijk twistpunt is welk vertrekpunt moet worden gekozen voor de specifieke gevaarstelling.¹⁰⁰ Het BGH lijkt aan te knopen bij de feitelijke delictshandeling van het gronddelict: in geval van Körperverletzung mit Todesfolge betekent dit dat de Körperverletzungshandlung het specifieke gevaar moet scheppen op een dodelijke afloop.¹⁰¹

96 Zie bijvoorbeeld BGH 12 februari 1992, *NStZ* 1992, 333; BGH 30 september 1970, *NJW* 1971, 152; Sternberg-Lieben 2010, § 18 Rn. 4; Feilcke 2001, p. 25–26; Jescheck/Weigend 1996, p. 261–262. Anders Vogel 2007, § 18 Rn. 34.

97 Zie Kühl 2012, § 17a Rn. 15–16.

98 In die zin bijvoorbeeld Stuckenberg 2007, p. 695–696 jo. 699–700.

99 Zo Kühl 2012, § 17a Rn. 17.

100 Zie Kühl 2012, § 17a Rn. 20 e.v.

101 Zo Stuckenberg 2007, p. 700. Zo ook Kühl 2012, § 17a Rn. 22. Niet vereist is dat het Körperverletzungserfolg levensgevaar in het leven roept. Zo was sprake van tatbestandstypische Gefährzusammenhang in een casus waarin de Täter het slachtoffer van 3,5 meter naar beneden wierp, dat slachtoffer als gevolg daarvan wonderwel alleen een enkelbreuk opliep, maar uiteindelijk stierf ten gevolge van een longembolie die het slachtoffer had opgelopen naar aanleiding van de enkeloperatie. Zou aangeknoopt worden bij het Körperverletzungserfolg dan zou niet zijn voldaan aan de eis van tatbestandstypische Gefährzusammenhang; de enkelbreuk levert geen specifiek levensgevaar op. Het aanknopen bij de Körperverletzungshandlung leidt wél tot de vereiste samenhang tussen gronddelict en kwalificerend gevolg: ‘Dass der Knöchelbruch keine lebensbedrohliche Verletzung

Behalve de aanwezigheid van een tatbestandstypische Gefährdusammenhang, moet de Täter in *schuldverband* staan tot het kwalificerend gevolg. Dat volgt uit § 18 StGB. Die bepaling vereist *ten minste* Fahrlässigkeit ten aanzien van dat gevolg.¹⁰² Fahrlässigkeit volstaat bijvoorbeeld voor het delict Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB).¹⁰³ Soms wordt dat schuldverband zwaarder aangezet: voor Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB)¹⁰⁴ is Leichtfertigkeit vereist; een grove vorm van Fahrlässigkeit. Beide schuldverbanden bestaan uit dezelfde componenten: er is sprake van een schending van een zorgvuldigheidsnorm (Sorgfaltspflichtverletzung) en daarbij is het gevolg voorzienbaar geweest (vorhersehbarkeit).¹⁰⁵

Het kwalificerend gevolg is *voorzienbaar* als de Täter het gevolg als mogelijkheid had kunnen en moeten voorzien, maar desondanks heeft gehandeld zoals hij heeft gedaan. Daarbij wordt rekening gehouden met de concrete omstandigheden van het geval: beslissend is ‘ob vom Täter in seiner konkreten Lage und nach seinen persönlichen Möglichkeiten der Todeseintritt im Ergebnis vorhergesehen werden könnte.’¹⁰⁶ In de wijze waarop het BGH de voorzienbaarheidseis hanteert, heeft deze weinig om het lijf.¹⁰⁷

ist, spielt für den BGH keine Rolle, weil es nicht auf den Körperverletzungserfolg, sondern auf die Körperverletzungshandlung ankommt; und diese war angesichts der Höhe (...) lebensgefährlich [cursivering, AP] (Kühl 2012, § 17a Rn. 22).’ Het voorbeeld illustreert ook dat de dood van het slachtoffer niet het onmiddellijk gevolg hoeft te zijn van de feitelijke delictshandeling (Unmittelbarkeitszusammenhang). Dat is vaste rechtspraak. De steeds verdergaande verruiming van de tatbestandstypische Gefährdusammenhang wordt bekritiseerd. Zie bijvoorbeeld Stuckenberg 2007, p. 700.

102 Deze bepaling luidt: ‘Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.’

103 § 227 Abs. 1 luidt: ‘Verursacht der Täter durch die Körperverletzung (§§ 223 bis 226) den Tod der verletzten Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.’ In samenhang gelezen met § 18 StGB is Fahrlässigkeit vereist.

104 De delictsomschrijving luidt: ‘Verursacht der Täter durch den Raub (§§ 249 und 250) wenigstens leichtfertig den Tod eines anderen Menschen, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.’

105 Sternberg-Lieben 2010, § 18 Rn. 5; Vogel 2007, § 18 Rn. 57.

106 Fischer 2009, § 227 Rn. 7a. In soortgelijke zin Wessels/Beulke 2010, Rn. 693 jo. 879; Sternberg-Lieben 2010, § 18 Rn. 5.

107 Uit de rechtspraak van het BGH volgt dat het voldoende is dat enkel het kwalificerend *gevolg* voorzienbaar is, de *totstandkomingswijze* daarvan hoeft *niet* voorzienbaar te zijn. Dat is de zogenaamde ‘Endergebnis-These’. Zo Rengier 2011b, p. 479; Vogel 2007, § 18 Rn. 60 jo. § 15 Rn. 252; Sowada 2006, p. 636. Rengier ziet in dit door het BGH gehuldigde uitgangspunt het bewijs dat deze these, waarin een afwijkende totstandkomingswijze vrijwel nooit in de weg staat aan de aansprakelijkheid van de Täter voor het kwalificerend gevolg, een heimelijke uitdrukking is van het *versari in re illicita-beginsel*: ‘Das Schuldprinzip hatte sich durchgesetzt und die Aufgabe dieser Art Erfolgschaftung erzwungen. Zugleich verschwanden damit, so scheint es, die letzten Überbleibsel einer strafrechtlichen versari in re illicita-Haftung (...). Doch der Schein trügt. In der Rechtsprechung zum bestimmten Bereichen der (...) Vorausschbarkeit lebt der Gedanke schon seit langem verhältnismäßig unauffällig fort (Rengier 2011b, p. 479).’

Het verschil tussen Fahrlässigkeit en Leichtfertigkeit is gelegen in de *Sorgfaltspflichtverletzung*. Wanneer slechts Fahrlässigkeit is vereist, dan is mét het begaan van het gronddelict aan deze eis voldaan.¹⁰⁸ Bij Leichtfertigkeit ligt de lat hoger. Deze grove vorm van Fahrlässigkeit moet worden gevonden in een zeer *gevaarlijke* vervullingswijze van het gronddelict.¹⁰⁹ In het kader van Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) kan daarbij worden gedacht aan een overval waarbij de Täter met dodelijk gevolg een vuurwapen gebruikt.

3.4.2.3 Erfolgsqualifizierte Delikte en Mittäterschaft

Hierboven is gesteld dat Mittäterschaft zich enkel uitstrekt tot opzetdelicten; culpoze delicten onttrekken zich aan het bereik van Mittäterschaft. Daarnaast is gebleken dat door het gevolg gekwalificeerde delicten ‘Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen’ zijn; het gronddelict wordt door Vorsatz bestreken, ten aanzien van het kwalificerend gevolg wordt een vorm van culpa geëist. Dat roept de vraag op hoe Mittäterschaft zich verhoudt tot door het gevolg gekwalificeerde delicten.

De erfolgsqualifizierte Delikte worden in de strafwet gezien als Vorsatzdelikte.¹¹⁰ Op basis daarvan valt deze categorie delicten onder het toepassingsbereik van Mittäterschaft. Wel geldt uiteraard de beperking dat het Mittäterschaft enkel is betrokken op het *gronddelict*. Dit betekent dat de Mittäter de feitelijke delictshandeling van het gronddelict – het aanknopingspunt voor de tatbestandstypische Gefahrzusammenhang – niet eigenhandig hoeft te verrichten. Die handeling kan immers ook worden verricht door de mededader, en vervolgens worden toegerekend aan de Mittäter. Die feitelijke delictshandeling kan in dat geval als grondslag dienen voor de strafbaarheid van de Mittäter voor het kwalificerend gevolg. De Mittäter moet daarnaast wel *zelf* in het vereiste schuldverband – een vorm van culpa – staan met dat *kwalificerend gevolg*.

Door veel schrijvers wordt een scherp onderscheid bepleit tussen enerzijds de toerekening van de feitelijke delictshandeling van het grondfeit (Handlungszurechnung) en anderzijds, op basis van die feitelijke delictshandeling, de vaststelling van de individuele strafbaarheid voor het kwalificerend gevolg (Erfolgsszurechnung).¹¹¹ De *Handlungszurechnung* wordt beheerst door *Vorsatz*: de Körperverletzungshandlung van de mededader – bijvoorbeeld een ‘messteek’ – mag enkel aan de Mittäter worden toegerekend als diens Eventualvorsatz die concrete handeling omvat. Deze Vorsatz-eis is een uitvloeisel van de tatbestandstypische Gefahrzusammenhang die is vereist

108 Het vorsätzlich begaan van het gronddelict impliceert het nemen van een ongeoorloofd risico. Met het nemen van een ongeoorloofd risico is de zorgvuldigheidsnorm (om dat risico niet te nemen) geschonden.

109 Zo Sternberg-Lieben 2010, § 18 Rn. 5; Eser/Bosch 2010, § 251 Rn. 6; Vogel 2007, § 18 Rn. 57.

110 Aldus § 11 Abs. 2 StGB: ‘Vorsätzlich im Sinne dieses Gesetzes ist eine Tat auch dann, wenn sie einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, der hinsichtlich der Handlung Vorsatz voraussetzt, hinsichtlich einer dadurch verursachten besonderen Folge jedoch Fahrlässigkeit ausreichen läßt.’

111 Aldus Rengier 2011b, p. 494 en Rengier 1986, p. 253; Stuckenberg 2007, p. 704-705; Sowada 2006, p. 628. Anders Joecks 2011, § 25 Rn. 228.

tussen gronddelict (Körperverletzung) en kwalificerend gevolg (Todesfolge). Het specifieke gevaar op de dood van het slachtoffer moet zijn gelegen in de Körperverletzungshandlung van de Täter, in dit geval de ‘messteek’ van de mededader. Het Mittäterschaft strekt zich uit tot dat gevaar indien deze messteek wordt omvat door het Vorsatz van de Mittäter.¹¹² Alleen onder die voorwaarde vindt daaropvolgend de *Erfolgszurechnung* plaats op de voet van § 18 StGB. Het onderscheid tussen Handlungs- en Erfolgszurechnung wordt op dezelfde wijze gemaakt in de traditionele benadering van het BGH.^{113/114}

De erfolgsqualifizierte Delikte worden in de rechtspraktijk doorgaans gebruikt om in een bijzonder geval bewijsproblemen te omzeilen met betrekking tot de vaststelling van dodingsopzet.¹¹⁵ Waarschijnlijk is het voorkomen van bewijsmoeilijkheden mede een reden dat de Mittäter in de Duitse rechtspraktijk vaak wordt vervolgd voor een door het gevolg gekwalificeerd delict.¹¹⁶ De noodzaak om met het oog op de strafeis te vervolgen voor Mittäterschaft ten aanzien van Totschlag of Mord is er niet, nu de strafmaxima van die delicten niet of nauwelijks verschillen van die van door het gevolg gekwalificeerde delicten.¹¹⁷

3.5 Bijzondere verschijningsvormen

3.5.1 Teilweise Mittäterschaft

In paragraaf 3.3.2 is geïllustreerd dat Mittäterschaft een op een delict betrokken Tatplan veronderstelt. Soms hebben Mittäter met de samenwerking echter een verschillend delict voor ogen. In dat geval kunnen Mittäter op grond van dezelfde feitelijke delictshandeling, strafbaar zijn voor verschillende delicten. In het Duitse recht wordt dan gesproken van ‘teilweise Mittäterschaft’.¹¹⁸

Voor deze figuur is vereist dat de bestanddelen van de verschillende delicten die de Mittäter vervullen, elkaar overlappen; de bestanddelen van het ene delict moeten die van het andere omvatten.¹¹⁹ Zo worden de bestanddelen van

112 In die zin Kühl 2012, § 20 Rn. 117; Vogel § 18 Rn. 76 en Sowada 2006, p. 628.

113 De Handlungszurechnung komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in BGH 16 september 2009, *NStZ* 2010, 33: ‘Hat einer von mehreren Tatbeteiligten den qualifizierenden Erfolg verursacht, so sind die übrigen nach § 251 StGB strafbar, wenn sich ihr zumindest *bedingter Vorsatz* [d.i. Eventualvorsatz, AP] auf die *Gewaltanwendungen* (...) erstreckt, durch welche der qualifizierende Erfolg herbeigeführt worden ist [cursivering, AP] (...)’ In gelijke zin BGH 27 mei 1998, *NStZ* 1998, 511; BGH 16 april 1993, *MDR bei Holz* 1993, 1041; BGH 6 december 1972, *NJW* 1973, 377.

114 Van die standaardrechtspraak is het BGH echter enkele keren afgeweken met betrekking tot Körperverletzung mit Todesfolge. Die opmerkelijke lijn in de jurisprudentie wordt in kaart gebracht in paragraaf 5.7.

115 Zo Ambos 2002, p. 476.

116 Zie ook paragraaf 4.2.2.

117 Zie paragraaf 3.4.2.1.

118 Zo bijvoorbeeld Kühl 2012, § 20 Rn. 102; Roxin 2003a, § 25 Rn. 235–236.

119 In die zin Roxin 2003a, § 25 Rn. 236; Rengier 2011a, p. 854 en Heine 2010, § 25 Rn. 86–90.

bijvoorbeeld Mord (§ 211 StGB)¹²⁰ en Totschlag (§ 212 StGB)¹²¹ geacht elkaar te overlappen; een door de mededader verwezenlijkte Mord omvat de Totschlag waarop het Tatplan is betrokken. In dergelijke gevallen strekt het *Mittäterschaft* zich enkel uit tot Totschlag; daarop is het gemeenschappelijke Vorsatz van de Mittäter en zijn mededader gericht. De mededader, wiens Vorsatz verder reikt, is Täter is ten aanzien van Mord.¹²² In zoverre is sprake van gedeeltelijk (teilweise) Mittäterschaft.

Behalve dat de delictsbestanddelen elkaar overlappen, moeten de verschillende delicten in bepaald opzicht aan elkaar verwant zijn. Heine merkt in dat verband op dat de delicten moeten kunnen worden aangemerkt als ‘Modifikationen des gleichen Grundtyps’.¹²³ In dat geval hebben de delicten een ‘gemeinsamen Unrechtsgehalt’.¹²⁴ Alleen dan kan worden gezegd dat de handeling ‘gezamenlijk’ is verricht. De eis dat delicten van ‘hetzelfde grondtype’ zijn, mag daarbij betrekkelijk ruim worden opgevat: buiten combinaties van Totschlag en Mord, mogen gevallen van Körperverletzung (§ 223 StGB)¹²⁵ versus Totschlag in zijn ogen worden gezien als delictsvarianten van hetzelfde grondtype.¹²⁶ Die ruime opvatting wordt gedeeld door Roxin. In zijn ogen is teilweise Mittäterschaft mogelijk wanneer een van de Mittäter enkel strafbaar is voor Nötigung (§ 240 StGB: kortweg bedreiging met geweld)¹²⁷ dan wel Körperverletzung, terwijl de ander strafbaar is voor Raub (§ 249 StGB: kortweg: diefstal met behulp van (bedreiging met) geweld)^{128, 129}. In deze gevallen lijkt een enigszins losser verband te bestaan tussen de delicten, dan in de voorbeelden die Heine geeft.

120 Hij is ‘Mörder’, zo blijkt uit Abs. 2, ‘wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.’

121 Abs. 1 luidt: ‘Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.’

122 Zo Rengier 2010a, § 44 Rn. 29. Zie ook Roxin 2003a, § 25 Rn. 235–236 jo. Roxin 2006b, p. 289.

123 Heine 2010, § 25 Rn. 87/88: ‘Da jedoch Ergebnis eine gemeinsame Tat aller Beteiligten sein muss, kommen verschiedene Strafgesetze nur insoweit in Betracht, als sie Modifikationen des gleichen Grundtyps darstellen’.

124 Heine 2010, § 25 Rn. 90.

125 Abs. 1 luidt: ‘Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.’

126 Heine 2010, § 25 Rn. 90.

127 De delictsomschrijving luidt: ‘(1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.’

128 § 249 Abs. 1: ‘Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.’

129 Roxin 2003a, § 25 Rn. 236 jo. Roxin 2003b, § 25 Rn. 169.

De heersende leer ten aanzien van teilweise Mittäterschaft – als weergegeven aan de hand van Heine en Roxin – kan met Rengier zo worden begrepen, dat het ene delict als ‘Grunddelikt’ en het andere als ‘Qualifikation’ wordt opgevat; het gronddelict ligt besloten in de strafwaardiger kwalificatie.¹³⁰ In deze benadering laten de hierboven gegeven voorbeelden zich als volgt verklaren: Totschlag respectievelijk Körperverletzung is het gronddelict van Mord respectievelijk Totschlag (voorbeelden Heine), terwijl Nötigung onderscheidenlijk Körperverletzung basisdelict is van Raub (voorbeeld Roxin). Het Mittäterschaft is in dergelijke casusposities enkel betrokken op het gronddelict. De heersende leer lijkt daarmee Mittäterschaft gelijk te stellen aan het begaan van *hetzelfde delict*¹³¹; men is immers samen Mittäter ten aanzien van het ‘mindere’ delict.

In paragraaf 5 zal blijken dat de figuur teilweise Mittäterschaft regelmatig naar voren komt in de rechtspraak. De Mittäter wordt in dat geval aansprakelijk gehouden voor bijvoorbeeld Körperverletzung dan wel Raub mit Todesfolge, de mededader is Täter van Totschlag of Mord.

3.5.2 Sukzessive Mittäterschaft

De figuur sukzessive Mittäterschaft geeft de mogelijkheid om iemand die zich ‘aansluit’ bij een ander die al een aanvang heeft gemaakt met het uitvoeren van een delict, te vangen in de figuur Mittäterschaft.¹³² Vereist is dat aan de basisvoorwaarden voor Mittäterschaft is voldaan. In de eerste plaats moet een Tatplan worden gevestigd – de persoon die zich ‘aansluit’ en de persoon die al is ‘begonnen’ met de delictsuitvoering moeten wederzijds beseffen dat zij samenwerken, en beide Mittäter moeten Vorsatz hebben op het delict. In de tweede plaats is vereist dat de voor Mittäterschaft vereiste bijdrage wordt geleverd. Hierover bestaat geen discussie.¹³³ Tussen de rechtspraak en de heersende leer bestaat echter wél verschil van inzicht over het antwoord op de vraag tot in welk *stadium* van de delictsuitvoering men kan ‘einsteigen’.

Voor een goed begrip van dat strijdpunt, is het onderscheid van belang dat in het Duitse recht wordt gemaakt tussen de ‘formelle Vollendung’ van een delict (vervulling delictsbestanddelen) en de ‘materielle Beendigung’ daarvan. Dat verschil kan worden geïllustreerd aan de hand van het delict Diebstahl (§ 242 StGB): ‘Der Diebstahl ist schon mit der Erlangung eigenen Gewahrsams durch den Täter “formell vollendet”, aber erst mit der Wegschaffung der Beute “materiell beendet”.’¹³⁴ Dat de diefstal is voltooid (Vollendung) laat onverlet dat de uitvoeringsfase van diefstal enige tijd kan voortduren (Beendigung).¹³⁵

¹³⁰ Zo Rengier 2011a, p. 854.

¹³¹ Aldus Rengier 2011a, p. 849.

¹³² Zie Roxin 2003a, § 25 Rn. 219. Deze figuur is al kort aangestipt in paragraaf 3.3.2.2.

¹³³ Zie Joecks 2011, § 25 Rn. 202; Heine 2010, § 25 Rn. 91.

¹³⁴ Roxin 2003a, § 25 Rn. 220.

¹³⁵ Vgl. ook Murmann 2008, p. 456: ‘Eine Tat ist (formell) vollendet, wenn alle Voraussetzungen der Tatbestandsverwirklichung vorliegen. Eine Tat ist (materiell) beendet, wenn das rechtsgutsverletzende Verhalten seinen Abschluss gefunden hat.’

In de ogen van het BGH is sukzessive Mittäterschaft mogelijk in de fase die ligt *tussen* de Vollendung en Beendigung van het delict.¹³⁶ Er is sprake van sukzessive Mittäterschaft ‘wenn jemand in *Kenntnis und Billigung* des bisher Geschehenen (...) in eine bereits begonnene Ausführungshandlung als Mittäter eintritt. Sein *einverständnis bezieht sich dann auf die Gesamttat* mit der Folge, dass ihm das gesamte Verbrechen strafrechtlich zugerechnet wird [cursiveringen, AP].’¹³⁷ Wie zich dus bij de Täter aansluit op het moment dat deze de goederen al heeft weggenomen (Vollendung), kan Mittäter zijn van Diebstahl (§ 242 StGB) als hij ‘in Kenntnis und Billigung’ van die diefstal de gestolen goederen naar een veilige plaats transporteert (Beendigung).¹³⁸ Ook een voltooide Erschwerungsgrund (strafverzwaringsgrond)¹³⁹ – bijvoorbeeld Diebstahl door middel van ‘einbrichen’ (§ 243 StGB) – kan in dat geval worden toegerekend aan de later intredende Mittäter.¹⁴⁰ Datzelfde geldt voor een Tatumstand (*bestanddeel*) van het delict Raub (§ 249 StGB). Dat delict bestaat uit een gewelds- en een wegnemingscomponent.¹⁴¹ Wanneer de Mittäter zich pas ná de Vollendung van het op het slachtoffer toegepaste geweld bij de Täter aansluit en het goed vervolgens in samenwerking wordt weggenomen, dan is sprake van Mittäterschaft ten aanzien van Raub.¹⁴² Het delict Raub is immers niet ‘vollendet’ – en a fortiori evenmin ‘beendet’ – zolang de wegnemingshandeling niet is verricht.

Het BGH acht sukzessive Mittäterschaft *niet* meer mogelijk als het delict als ‘*vollständig abgeschlossen*’ moet worden aangemerkt. Dit is het stadium waarin het delict is ‘beendet’.¹⁴³ De vraag of het strafbaar feit al dan niet is ‘abgeschlossen’, hangt af van het delict waarvoor de sukzessive Mittäter aansprakelijk wordt gehouden.¹⁴⁴ In geval van de wegneming van het goed is de later intredende wél Mittäter van Raub, maar níet van Körperverletzung (wanneer deze daarvoor

136 Zie Weisser 2011, p. 341; Roxin 2003a, § 25 Rn. 221.

137 BGH 18 december 2007, *NStZ* 2008, 280.

138 Zie Schünemann 2007, § 25 Rn. 197.

139 Een strafverzwaringsgrond als ‘einbrichen’ ingeval van ‘Diebstahl’ levert een *aanwijzing* op dat de in die omstandigheid begane diefstal strafwaardiger is dan de ‘kale’ diefstal (§ 242 StGB), en om die reden valt onder het bereik van § 243 StGB (‘besonders schwerer Fall des Diebstahls’). In dat geval is een hogere (minimum- en) maximumstraf van toepassing dan bij een kale diefstal. Het verschil tussen een ‘strafverzwaringsgrond’ (Erschwerungsgrund) en een ‘kwalificerende omstandigheid’ (qualifikationsbegründende Merkmal) is dat de vervulling van de eerste enkel een *aanwijzing* oplevert dat sprake is van een strafwaardiger delict (rechtsgevolg: verhoging strafmaximum), terwijl de vervulling van een kwalificerende omstandigheid *zonder meer* leidt tot een strafwaardiger delict. Zie over de strafverzwaringsgrond Eser/Bosch 2010, § 243 Rn. 1.

140 Zie Schünemann 2007, § 25 Rn. 197; Roxin 2003a, § 25 Rn. 224. Zie genuanceerd hierover Walter 2008, p. 151.

141 Het Tatbestand luidt: ‘Wer mit *Gewalt* gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht *wegnimmt*, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft [cursiveringen, AP].’

142 Aldus Joecks 2011, § 25 Rn. 204; Weisser 2011, p. 343 en Walter 2008, p. 550. Iets voorzichtiger Heine 2010, § 25 Rn. 91; Roxin 2003a, § 25 Rn. 225-226.

143 Zie Murmann 2008, p. 456-457 jo. 462.

144 Zo Joecks 2011, § 25 Rn. 204; Walter 2008, p. 552.

aansprakelijk zou worden gehouden, in plaats van voor Raub). De gedachte is dat de Mittäter ingeval van Raub wél invloed heeft gehad op de invulling van dat delict – hij bemoeit zich immers met de wegnemingshandeling – terwijl zijn bijdrage niet van invloed is op de aard van de Körperverletzung.¹⁴⁵

De heersende leer keert zich af van de reikwijdte die sukzessive Mittäterschaft heeft in de rechtspraak. In die leer is sukzessive Mittäterschaft enkel mogelijk *vóór de Völlendung* van het delict.¹⁴⁶ De actor die zich pas aansluit bij een ander op het moment dat deze de wegnemingshandeling al heeft voltooid, is geen Mittäter van Diebstahl (§ 242 StGB). En ook degene die na de voltooiing van ‘braak’ onderscheidenlijk ‘geweld’ aanhaakt door in samenwerking met die ander het goed weg te nemen, is geen sukzessive Mittäter van Diebstahl door middel van einbrichen (§ 243 StGB) respectievelijk Raub (§ 249 StGB).

De reden is dat Mittäterschaft vooronderstelt dat elke Mittäter een (wezenlijke) bijdrage levert aan de verwezenlijking van een bestanddeel of strafverzwarringsgrond, en dat de realisering van een bestanddeel of strafverzwarringsgrond vooraf is opgenomen in het gezamenlijk Tatplan; ‘Ein Plan kann immer nur auf etwas zukünftiges gerichtet sein (...)’.¹⁴⁷ In bovengenoemde voorbeelden is aan beide voorwaarden niet voldaan. In de literatuur wordt gesteld dat het BGH – die in deze voorbeelden wél tot aansprakelijkheid komt – in feite toerekent op basis van *dolus subsequens* (dat is: pas na het feit opgekomen opzet).¹⁴⁸ Het BGH acht het immers mogelijk dat iemand die *vooraf* part noch deel heeft gehad in de voltooiing van een bestanddeel of strafverzwarringsgrond, daarvoor toch aansprakelijk wordt gehouden omdat hij achteraf aanhaakt (en daarmee de voltooiing goedkeurt). In de heersende leer is *dolus subsequens* echter geen grond voor toerekening in de context van Mittäterschaft, want de Mittäter moet het vereiste opzet hebben *vóór* de voltooiing van het bestanddeel of de strafverzwarringsgrond. Joecks vat die zienswijze treffend samen: ‘Sind Erfolge schon auf den Weg gebracht, vermag deren nachträgliche Billigung in Verbindung mit einer Ausnutzung der so geschaffenen Situation den Beteiligten nicht zum Mittäter zu machen.’¹⁴⁹

Kortom, de opvatting van het BGH verschilt van die van de heersende leer. In afwijking van de heersende leer kan er naar het geldende recht sprake zijn van sukzessive Mittäterschaft als een delictsbestanddeel of strafverzwarringsgrond al is vervuld (*Vollendung*). De toerekening daarvan is mede gebaseerd op de toepassing van *dolus subsequens*.

Hierboven heb ik het standaardtype van sukzessive Mittäterschaft weergegeven:

145 Aldus Walter 2008, p. 552.

146 In die zin Weisser 2011, p. 342-344; Schünemann 2007, § 25 Rn. 197; Roxin 2003a, § 25 Rn. 220.

147 Roxin 2003a, § 25 Rn. 220. Zo ook Walter 2008, p. 550; Joecks 2011, § 25 Rn. 208.

148 Zo Joecks 2011, § 25 Rn. 205 jo. 208; Walter 2008, p. 553. Zie over *dolus subsequens* ook Remmelink 1996, p. 225 jo. 927.

149 Joecks 2011, § 25 Rn. 209.

de latere mededader is zelfstandig begonnen met de delictsuitvoering, daarna pas ‘ontstaat’ de voor Mittäterschaft vereiste samenwerking doordat de uiteindelijke Mittäter zich aansluit bij die delictsuitvoering. Het BGH past deze figuur verder toe op casusposities waarin de Mittäter en zijn mededader van meet af aan *samen* een aanvang hebben gemaakt met de delictsuitvoering, maar de mededader het oorspronkelijke Tatplan wezenlijk overschrijdt (Exzess). Als de Mittäter zich nadien kortgezegd aansluit bij zijn mededader, kan hij alsnog als sukzessive Mittäter aansprakelijk worden gehouden voor die wezenlijke overschrijding van het oorspronkelijke plan. Dit zijn casus die in het bijzonder relevant zijn in het bestek van dit proefschrift. Deze kwestie komt nader aan bod in paragraaf 5.5.

4 Vorsatz

4.1 Inleiding

Het doel van deze paragraaf is om het begrip ‘Vorsatz’ in kaart te brengen in zoverre als nodig is voor een goed begrip van paragraaf 5. De term Vorsatz – die ligt besloten in het Tatplan (gemeinsame Vorsatz) – begrenst immers in de heersende leer en rechtspraak het bereik van de aansprakelijkheid van de Mittäter.

Eerst wordt ingegaan op de verschillende gradaties van Vorsatz, in het bijzonder de laagste daarvan (Eventualvorsatz). Daarna wordt in kaart gebracht op welke Tatumstände het Vorsatz moet zijn gericht. Op die plaats zal blijken dat het Vorsatz van Täter en Mittäter ook moet zijn betrokken op de, in Nederlandse terminologie, *vervullingswijze* van de delictsbestanddelen. Daarop voortbouwend onderzoek ik in paragraaf 4.4 onder welke voorwaarden een *afwijkende* vervullingswijze wordt omvat door het Vorsatz van de Täter respectievelijk Mittäter.

4.2 Het begrip Vorsatz

4.2.1 Gradaties

Het begrip ‘Vorsatz’ komt in grote lijnen overeen met ‘opzet’. In de Duitse dogmatiek worden wel twee vormen van Vorsatz onderscheiden.¹⁵⁰

De eerste betreft de *direkte Vorsatz*. Deze direkte Vorsatz kan ofwel bestaan in ‘Absicht’ – het rechtssubject verricht zijn handeling met het doel om een bepaald gevolg te verwezenlijken (opzet als bedoeling) – ofwel in de vorm van ‘sicher wissen’ – zeker weten dat de handeling het gevolg zal verwezenlijken (zekerheidsopzet).¹⁵¹ Het *Eventualvorsatz*, staat naast deze vormen van direkte Vorsatz.¹⁵² Deze gradatie van Vorsatz houdt in dat de actor de verwezenlijking van een gevolg weliswaar niet als doel wil (opzet als bedoeling) of als zeker

¹⁵⁰ Zo bijvoorbeeld Heine 2010, § 25 Rn. 64.

¹⁵¹ Heine 2010, § 25 Rn. 64–68.

¹⁵² Heine 2010, § 25 Rn. 72. Met dezelfde betekenis wordt ook wel gesproken van ‘dolus eventualis’ of ‘bedingde Vorsatz’.

gevolg van zijn handeling weet (zekerheidsopzet), maar de intrede daarvan ‘ernstlich für möglich halt und sich damit abfindet’.¹⁵³

De inhoud en omvang van Vorsatz komt min of meer overeen met het Nederlandse opzetbegrip; het gezamenlijke bereik van Absicht, Vorsatz als sicher wissen en Eventualvorsatz bestrijkt ongeveer het terrein dat gezamenlijk wordt bestreken door opzet als bedoeling, zekerheids- en waarschijnlijkheidsopzet, en voorwaardelijk opzet. Net als het voorwaardelijk opzet in Nederland, speelt het Eventualvorsatz in Duitsland in de praktijk een belangrijke rol als ondergrens van Vorsatz. Om die reden wordt nader aandacht besteed aan deze gradatie van Vorsatz.

4.2.2 Eventualvorsatz

Het Eventualvorsatz bestaat uit ‘weten’ (intellectuele component) en ‘willen’ (volitieve component).¹⁵⁴ Volgens Roxin is sprake van Eventualvorsatz ‘wenn der Täter mit der Möglichkeit¹⁵⁵ einer Tatbestandsverwirklichung ernstlich rechnet, um des erstrebten Zieles willen aber weiterhandelt, und sich dadurch mit einer eventuellen Deliktsrealisierung (...) abfindet, sie in Kauf nimmt’.¹⁵⁶ Het BGH kiest in materieelrechtelijk opzicht dezelfde lijn.¹⁵⁷

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de invulling van de volitieve component.¹⁵⁸ De zogenaamde ‘Entscheidungstheorie’ lijkt heersend te zijn.¹⁵⁹ Volgens die theorie kan de scheidslijn tussen ‘bewusste Fahrlässigkeit’ en ‘Eventualvorsatz’ niet worden gemaakt aan de hand van *louter* psychische criteria (‘weten’ en ‘willen’). Het draait ‘in letzte Instanz um einen Wertungsakt, eine *normative Zuschreibung* [cursivering, AP] (...). Die Entscheidungstheorie macht danach den gesamten Geschehensablauf zur Beurteilungsgrundlage und stellt die Frage, ob bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalles das Täterverhalten so gedeutet werden kann, dass der Handelnde sich – sei es auch notgedrungen oder bedingungsweise – gegen das geschützte Rechtsgut entschieden hat [Eventualvorsatz, AP] oder es plausibel ist, anzunehmen, dass er auf einen glücklichen Ausgang vertraut hat [bewusste Fahrlässigkeit, AP].’¹⁶⁰ Bij de vraag of de Täter al dan niet ‘gegen das geschützte Rechtsgut entschieden hat’, draait het dus om een gewogen oordeel op basis van de omstandigheden van het geval.¹⁶¹

153 Wessels/Beulke 2010, Rn. 214.

154 Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 73a jo. 80.

155 Niet vereist is dat die kans *aanmerkelijk* is. Wellicht betekent dit dat in het Duitse recht lagere eisen worden gesteld aan die kansgrootte dan in Nederland wordt gedaan. Deze kwestie laat ik liggen, ook omdat de kansgrootte geen rol lijkt te spelen in de rechtspraak die ik bespreek in paragraaf 5.

156 Roxin 2006a, § 12 Rn. 271. Zo ook Wessels/Beulke 2010, Rn. 214.

157 In soortgelijke zin bijvoorbeeld BGH 16 januari 2003, *NSZ* 2003, 431: ‘Nach ständiger Rechtsprechung des BGH handelt der Täter bedingt vorsätzlich, wenn er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und ihn billigst oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet’.

158 Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 73a.

159 Zie Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 80.

160 Roxin 2006a, § 12 Rn. 31.

161 Zie Roxin 2006a, § 12 Rn. 32. Roxin geeft voorbeelden van gevallen waarin er contra-indicaties

Die ‘Entscheidung’ hoeft niet in psychische zin aanwezig te zijn. Zo is volgens de aanhangers van de Entscheidungstheorie ook sprake van Eventualvorsatz wanneer het de Täter volledig onverschillig (gleichgültig) is of het delict wordt verwezenlijkt: ‘in einer solchen Einstellung steckt bereits eine Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung’.¹⁶²

Sinds 1982 stelde het BGH in geval van *Tötungsvorsatz* bijzondere eisen aan het bewijs van dat ‘willen’.¹⁶³ De terugkerende redenering was dat hoge bewijseisen worden gesteld aan dodingsopzet, omdat een hoge drempel zou bestaan voor het doden van een mens (de zogenaamde ‘Hemmschwellentheorie’).¹⁶⁴ In geval van een levensdelict moesten ‘beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissenselement als auch das Willenselement in jedem Einzelfall gesondert geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden’.¹⁶⁵ Dat leidde ertoe dat het BGH ook bij geweld met een ogenschijnlijk duidelijk dodingskarakter, de door de feitenrechter gegeven bewijsmotivering ten aanzien van dodingsopzet vaak ontoereikend achtte.¹⁶⁶ Deze rechtspraak, waarin telkens wordt teruggegrepen op het Hemmschwellenargument ter rechtvaardiging van een (vanuit bewijsoogpunt) restrictieve opvatting van dodingsopzet, is door

zijn voor de aanwezigheid van Eventualvorsatz: de zeer gevaarlijk rijdende automobilist en de in bed rokende zullen in de regel een dodelijke aanrijding respectievelijk brand *niet* op de koop toenemen, omdat dit gevolg ook henzelf in levensgevaar brengt. En ook de beoefenaar van karate die zijn geliefde kind een te harde corrigerende tik tegen diens slaap geeft, zal doorgaans *geen* Eventualvorsatz hebben ten aanzien van de dood van dat kind.

162 Roxin 2006a, § 12 Rn. 30.

163 Zo Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 87; Roxin 2006a, § 12 Rn. 79 jo. 80.

164 Rissing-Van Saan legt die rechtspraak als volgt uit: ‘die Feststellung eines Tötungsvorsatzes bedürfe einer sorgfältigen Prüfung, weil gegenüber der Tötung eines anderen Menschen eine hohe Hemmschwelle bestehe (Rissing-Van Saan 2011, p. 497).’ In gelijke zin Roxin 2006a, § 12 Rn. 79. Het BGH wijst er in dat verband vaak op dat hij voor het bewijs van Tötungsvorsatz een aanmerkelijk hogere drempel opwerpt dan aan het bewijs van Gefährdungsvorsatz. Zo bijvoorbeeld BGH 8 augustus 2001, *NStZ-RR* 2001, 369: ‘Angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung ist allerdings immer auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Der Schluss auf bedingten Tötungsvorsatz ist daher nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter in seine Erwägungen alle Umstände einbezogen hat, die ein solches Ergebnis in Frage stellen [cursiveringen, AP].’

165 Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 87. De auteur wijst er in dat verband op dat de moeilijkheden vaak liggen op het vlak van het ‘Willenselement’. Zie ook BGH 27 januari 2011, *HRRS* 2011, 375: ‘Insbesondere bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements ist es regelmäßig erforderlich, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung sowie seine Motivation und die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht. (...) Dabei liegt zwar die Annahme einer Billigung des Todes des Opfers nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz erkannter Lebensgefährlichkeit durchführt. (...) Allein aus dem Wissen um den möglichen Erfolgseintritt oder die Gefährlichkeit des Verhaltens kann aber nicht ohne Berücksichtigung etwaiger sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebender Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das Willenselement des Vorsatzes gegeben ist [cursiveringen, AP].’

166 Zo Roxin 2006a, § 12 Rn. 80.

veel auteurs bekritiseerd.¹⁶⁷ Met de opzienbarende beslissing in de zaak *NStZ* 2012, 384 heeft het BGH de Hemmschwellentheorie vermoedelijk losgelaten.¹⁶⁸ Uit de overwegingen in deze zaak volgt dat de feitenrechter bij levensdelicten dezelfde vrijheid heeft ten aanzien van de waardering van het bewijsmateriaal als in geval van andere strafbare feiten. De hogere eisen die het BGH stelde ten aanzien van de bewijsmotivering bij levensdelicten lijken daarmee verleden tijd te zijn.¹⁶⁹ Puppe waardeert deze zaak als ‘die endgültige und vollständige Preisgabe der “Hemmschwellentheorie”’.¹⁷⁰ In dat geval zal het verlaten van de Hemmschwellentheorie wellicht leiden tot een ruimere invulling van Tötungsvorsatz in de rechtspraak.

Veel van de jurisprudentie die in paragraaf 5 wordt geanalyseerd, is gewezen in de periode waarin de Hemmschwellentheorie in ieder geval wél van kracht was. Daarom is de analyse van die rechtspraak betrokken op die situatie. Tegen de achtergrond van de Hemmschwellentheorie kan worden begrepen dat ook aan het dodingsopzet van de *Mittäter* hoge eisen worden gesteld. Waarschijnlijk verklaart dit in hoge mate¹⁷¹ dat de *Mittäter* in casusposities waarin dodelijke slachtoffers te betreuen zijn, veelal enkel wordt vervolgd en/of veroordeeld voor een door het gevolg gekwalificeerd delict – het schuldverwijt bestaat dan in een vorm van culpa ten aanzien van het dodelijke gevolg. In die gevallen wordt de feitelijke delictshandeling die het dodelijke gevolg veroorzaakt wél, maar het feitelijke delictsgevolg zelf niet omvat door het Vorsatz van de *Mittäter*.¹⁷² Deze constructie treedt aan het licht zelfs wanneer die feitelijke delictshandeling een onmiskenbaar dodingskarakter heeft.¹⁷³ In dergelijke gevallen wordt het BGH wel verweten een ‘halve’ toerekening te hanteren; de handeling wordt wel, het gevolg daarvan wordt kennelijk niet omvat door het Vorsatz van de *Mittäter*.¹⁷⁴

Materieelrechtelijk lijkt de heersende leer dus aan te sluiten bij de rechtspraak van het BGH. De hoge eisen die het BGH in *bewijsrechtelijk* opzicht stelt aan de vaststelling van dodingsopzet – of: stelde tot aan de beslissing in *NStZ* 2012,

167 Zie, met verwijzingen naar andere auteurs, Roxin 2006a, § 12 Rn. 80. Zo ook Rissing-Van Saan 2011, p. 497-498.

168 BGH 22 maart 2012, *NStZ* 2012, 384. Diverse auteurs trekken uit deze zaak de conclusie dat het BGH de Hemmschwellentheorie heeft verlaten. Zo bijvoorbeeld Fahl 2013, p. 499 e.v. en Puppe 2012, p. 477 e.v.

169 Het BGH overweegt: ‘Im Verständnis des Bundesgerichtshofs erschöpft sich die “Hemmschwellentheorie” somit in einem Hinweis auf § 261 StPO: Laatstgenoemd artikel luidt: ‘Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.’

170 Puppe 2012, p. 477.

171 Daarbuiten is het straftoemingskader van de door het gevolg gekwalificeerde delicten vrijwel gelijk aan dat van de opzettelijk veroorzaakte levensdelicten. Zie paragraaf 3.4.

172 Zie paragraaf 3.4.2.3.

173 Zie bijvoorbeeld BGH 27 mei 1998, *NStZ* 1998, 511 (wel Vorsatz ten aanzien van het ‘meerdere keren insteken op het bovenlijf van het slachtoffer’ (Handlungszurechnung), maar enkel veroordeeld voor het door het gevolg gekwalificeerde delict (poging tot) ‘Raub mit Todesfolge’) Zie daarvoor paragraaf 5.3.4.

174 Zo Sowada 2006, p. 633.

384 – beperken het toepassingsbereik van de levensdelicten. Mede dit verklaart dat de Mittäter in de te bespreken casus vaak enkel aansprakelijk wordt gesteld voor een door het gevolg gekwalificeerd delict, ook in gevallen waarin de Mittäter aansprakelijk wordt gehouden voor een feitelijke delictshandeling van de mededader met een ogenschijnlijk dodingskarakter.

4.3 § 15 en 16 StGB

4.3.1 Vorsatz en Tatumstände

In het algemeen deel van het Strafgesetzbuch is in § 15 StGB bepaald dat elk delictsbestanddeel (Tatumstand) wordt bestreken door *Vorsatz* of *Fahrlässigkeit* (culpa): ‘Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.’¹⁷⁵ Het Vorsatz is dus betrokken op alle Tatumstände, tenzij uitdrukkelijk uit de delictsomschrijving blijkt dat Fahrlässigkeit volstaat. De Tatumstände variëren uiteraard per delict. Zo bestaan de Tatumstände van Totschlag (§ 212 StGB) uit een Tathandlung (‘töten’), een Erfolg (ook tot uiting komend in ‘töten’) en een Tatobject (‘Mensch’).¹⁷⁶ De basis van Vorsatz bestaat uit ‘weten’ en ‘willen’. Uit dat oogpunt spreekt het vanzelf dat Vorsatz ten aanzien van een Tatumstand ontbreekt, wanneer de actor zich daarvan geen (Unkenntnis) of een onjuiste voorstelling (Fehlvorstellung) heeft gemaakt. Het voor Totschlag (§ 212 StGB) vereiste Tötungsvorsatz is bijvoorbeeld afwezig als de jager geen rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat zijn schot een ‘Mensch’ (Tatumstand) zal doden. In een dergelijk geval is sprake van opzetuitsluitende dwaling (Tatbestandsirrtum).¹⁷⁷ Dat rechtsgevolg volgt uitdrukkelijk uit § 16 Abs. 1 StGB: ‘Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.’

In het vervolg van deze paragraaf richt ik me op de *vervullingswijze* van de delictsbestanddelen. Dat de Täter zich een voorstelling heeft gemaakt van de vervulling van de betreffende Tatumstand staat telkens vast, de *feitelijke* vervullingswijze wijkt echter af van de *voorstelling* die de actor zich daarvan heeft gemaakt. Bijvoorbeeld: A schiet op B om deze te doden, maar de kogel mist het doel en treft C met dodelijk gevolg. Is vereist dat de Täter niet alleen Vorsatz heeft op de bestanddelen van Totschlag (die zijn immers vervuld), maar óók op de vervullingswijze daarvan (Totschlag op C)? In dit voorbeeld is het verwezenlijkte Unrecht¹⁷⁸ (dood van C) *gelijk* aan het Unrecht dat A beoogde (dood van B). Behalve een dergelijke afwijking waarin het Tatobject gelijkwaardig is aan de

175 Hoewel de bepaling woordelijk niet spreekt van delictsgevolgen, is zij ook daarop betrokken. Zo Vogel 2007, § 18 Rn. 5.

176 § 212 Abs. 1 StGB luidt: ‘Wer einen Mensch tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger nicht unter fünf Jahren bestraft.’ Zie hierover Kühl 2012, § 5 Rn. 13.

177 Daarover bijvoorbeeld Kühl 2012, § 13 Rn. 7-9; Roxin 2006a, § 12 Rn. 95.

178 Het begrip ‘Unrecht’ lijkt de strafwaardigheid van de rechtsgoedkrenking te duiden. Zie daarover kort paragraaf 3.2.1.

voorstelling daarvan, kan de afwijkende vervullingswijze ook leiden tot een *verhoging* van het beoogde Unrecht. Bijvoorbeeld: A beoogt het in brand steken van gebouw B en C, maar als gevolg van zijn brandstichtingshandeling brandt daarbij ook gebouw D af. Zonder meer heeft A het *Vorsatz* dat is vereist voor Brandstiftung: A beoogt het in brand steken van ‘Gebäude’.¹⁷⁹ Maar mag ook het méérdere, het niet-voorgestelde afbranden van gebouw D worden aangemerkt als opzettelijk veroorzaakt?

Voor de vraag of sprake is van *Vorsatz*, is van betekenis of een Tatumstand een concrete of generieke inhoud heeft. Toegespitst op de brandstichting: moet aan de Tatumstand ‘Mensch’ een concrete (mens ‘B’) of generieke inhoud (‘een’ mens) worden toegekend?

4.3.2 De Konkretisierungs- en Gleichwertigkeitstheorie

In de literatuur bestaat verschil van opvatting over de omlijning van Tatumstände. Grofweg kunnen de verschillende opvattingen worden onderverdeeld in twee stromingen: aan de ene kant zij die de Konkretisierungstheorie aanhangen (Tatumstände hebben een concrete inhoud), aan de andere kant zij die de Gleichwertigkeitstheorie onderschrijven (Tatumstände hebben een generieke inhoud).¹⁸⁰

De *Konkretisierungstheorie* is heersend in literatuur en rechtspraak.¹⁸¹ Het strafrecht, zo is het uitgangspunt, beschermt ‘konkrete Realitäten und nicht lediglich abstrakte Werte’.¹⁸² Tegen de achtergrond daarvan worden Tatumstände begrepen als ‘konkret-individuelle Umstände’: het delict Totschlag criminaliseert het doden van een *bepaald* mens, op een *bepaalde* plaats en op een *bepaald* tijdstip.¹⁸³ Wanneer de Täter zich een concrete vervullingswijze van het delict heeft voorgesteld – een zogenaamde ‘Vorsatzkonkretisierung’: het doden van ‘B’ of het in vlam zetten van gebouwen ‘B en C’ – dan moet de feitelijke vervullingswijze daarmee in voldoende mate corresponderen.¹⁸⁴

In de *Gleichwertigkeitstheorie* worden Tatumstände daarentegen geïnterpreteerd als ‘abstrakt-generell’.¹⁸⁵ Het delict Totschlag stelt strafbaar het doden van *een* mens, Brandstiftung criminaliseert het in brand steken van *een* gebouw. Meer bepaald dan dat, zijn Tatumstände niet. In deze opvatting is het *Vorsatz* niet noodzakelijkerwijs gericht op een concrete vervullingswijze. Afwijkingen

179 De delictsomschrijving, voor zover hier van belang, luidt (§ 306 StGB): ‘Wer fremde Gebäude (...) in Brand setzt (...) wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.’ Uit de verbinding met § 15 StGB volgt dat het *Vorsatz* moet zijn gericht op het in brand steken van gebouwen.

180 Zo Vogel 2007, § 15 Rn. 23–28; Roxin 2006a, § 12 Rn. 160. In de Nederlandse literatuur zijn aanhangers te vinden van beide opvattingen. Zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.2 en 6.3.

181 Zie Vogel 2007, § 15 Rn. 25; Roxin 2006a, § 12 Rn. 160.

182 Vogel 2007, § 15 Rn. 27.

183 Zo Vogel 2007, § 15 Rn. 25. Die in elke Tatumstand besloten liggende bepaaldheid, wordt geduid met de term “Lebenskonkrete”.

184 Vogel 2007, § 15 Rn. 50.

185 Zo Vogel 2007, § 15 Rn. 26. Deze opvatting wordt bijvoorbeeld aangehangen door Puppe (zie Puppe 2011, § 10 Rn. 4).

tussen een voorgestelde en feitelijke vervullingswijze leveren in beginsel *geen* opzetvraagstuk op.¹⁸⁶

Welke consequentie heeft dit verschil voor de benadering van gevallen van feitelijke dwaling ten aanzien van de concrete vervullingswijze? In geval van *gelijkwaardig Unrecht* – A heeft zich enkel voorgesteld B te doden, maar hij doodt onvoorzien C – tast de afwijking in de Konkretisierungstheorie het Vorsatz aan: A heeft geen Vorsatz op het doden van C.¹⁸⁷ De afdwaling van het projectiel (afwijking) wordt niet omvat door – anders gezegd: ‘toegerekend aan’¹⁸⁸ – het Vorsatz van de Täter. Het Vorsatz wordt echter niet aangetast als wordt uitgegaan van de Gleichwertigkeitstheorie: de dood van *een* mens is voorgesteld en gerealiseerd.¹⁸⁹

In geval van een *verhoging* van *Unrecht* – A stelt zich enkel voor de gebouwen B en C in brand te steken, daarnaast gaat onvoorzien ook gebouw D in vlammen op – strekt het Vorsatz van A zich vanzelfsprekend *niet* uit tot het in brand steken van gebouw D, als men uitgaat van de Konkretisierungstheorie. Maar ook volgens Puppe, aanhangster van de Gleichwertigkeitstheorie, kan het vlamvatten van gebouw D *niet* onder het Vorsatz worden gebracht. Dat heeft volgens deze schrijfster een andere reden: Tatumstände van Brandstiftung en Körperverletzung bevatten ‘steigerungsfähige Unrechtsmerkmale’.¹⁹⁰ Het graduele verschil in strafwaardigheid is bij brandstichting bijvoorbeeld gelegen in de hoeveelheid gebouwen dat als gevolg van de brandstichtingshandeling in vlammen opgaat, en bij Körperverletzung in de precieze ernst van het letsel dat valt onder de Tatumstand ‘mißhandelt’, zo begrijp ik Puppe. Het Unrecht dat feitelijk is gerealiseerd, mag nimmer een overstijging zijn van het Unrecht dat de Täter zich heeft voorgesteld.¹⁹¹

In zowel de Konkretisierungs- als de Gleichwertigkeitstheorie vormen de *voorstellingen* die de Täter zich heeft gemaakt de basis van zijn Vorsatz. Het verschil tussen beide theorieën is dat in de heersende Konkretisierungstheorie relevantie wordt toegekend aan voorstellingen die betrekking hebben op

186 Zo Puppe 2011, § 10 Rn. 1 jo. 4.

187 In die zin Roxin 2006a, § 12 Rn. 160.

188 Door sommige auteurs wordt met betrekking tot dit thema ‘dwaling’ – welke afwijking van de voorstelling sluit het Vorsatz uit? – gesproken over ‘Zurechnung zum Vorsatz’. Daarmee wordt bedoeld dat *niet-wezenlijke* afwijkingen wel en *wezenlijke* niet mogen worden *toegerekend* aan het Vorsatz. Zo bijvoorbeeld Puppe 2011, p. § 10 Rn. 3; Roxin 2006a, § 12 Rn. 153. Het BGH spreekt daarentegen niet van het ‘toerekenen’ van irrelevante afwijkingen, maar stelt met dezelfde strekking dat het Vorsatz dergelijke afwijkingen *omvat* (‘umfasst’). Zie bijvoorbeeld BGH 16 september 2009, NSrZ 2010, 33.

189 Aldus Puppe 2007, p. 143: ‘Eine “Konkretisierung” die nicht notwendiger Inhalt des Vorsatzes ist, kann als solche auch nicht maßgeblich für die Zurechnung eines Erfolges zum Vorsatz sein.’

190 Puppe 2011, p. § 10 Rn. 2.

191 Daarover Puppe 2011, p. § 10 Rn. 3: ‘Dies ist der einzige Fall, in dem eine Vorstellung des Täters, die für den Vorsatz nicht nötig ist, die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz beschränkt. Diese Beschränkung hat einen normativen Grund: Dem Täter darf nicht *mehr Unrecht* zum Vorsatz zugerechnet werden, als von seinem Vorsatz umfasst ist [cursivering, AP].’

de *vervullingswijze* van de delictsomschrijving (Tatbestand), terwijl deze voorstellingen in de Gleichwertigkeitstheorie in beginsel irrelevant zijn. Maar ook in de Gleichwertigkeitstheorie blijken die voorstellingen het toerekenbare Unrecht te begrenzen. Onder het Vorsatz mag immers nooit een *verhoging van Unrecht* worden gebracht ten opzichte van het Unrecht dat de Täter zich heeft voorgesteld. Dit ongeacht of de afwijking zich voordoet op het niveau van de delictsbestanddelen (doodslag in plaats van mishandeling) of vervullingswijze daarvan (ernstiger mishandelingsletsel dan het voorgestelde mishandelingsletsel). Deze uitgangspunten gelden ook voor de *Mittäter*.¹⁹²

4.3.3 Vooruitwijzing

In de heersende benadering moet het Vorsatz dus niet alleen, in Nederlandse terminologie, de bestanddelen omvatten, maar ook de vervullingswijze daarvan. Die eis maakt dat een criteria nodig zijn om te voorkomen dat minieme afwijkingen het Vorsatz uitsluiten. Het gedeelde standpunt in literatuur en rechtspraak is dat alleen *wezenlijke afwijkingen* het Vorsatz aantasten. Maar waarin onderscheidt een wezenlijke afwijking zich van een niet-wezenlijk verschillende vervullingswijze van het delict? Onderkend wordt dat dit een normatief beslispunt is waarvoor de strafwet geen pasklare oplossing biedt.¹⁹³ Er moet dus worden gezocht naar ‘außertatbestandliche Kriterien’, die bepalen welke afwijkingen al dan niet worden omvat door Vorsatz.¹⁹⁴ Over de vraag welke maatstaven zouden moeten gelden, wordt verschillend gedacht.¹⁹⁵

In het navolgende wordt eerst ingegaan op de criteria die worden gehanteerd in de rechtspraak. Daarna wordt stilgestaan bij de benadering in de heersende leer. Net als hiervoor draait het telkens om de aansprakelijkheid voor een doleus gevolgsdelict.

4.4 Wezenlijke afwijkingen sluiten het Vorsatz uit

4.4.1 Rechtspraak

4.4.1.1 Täter

Het BGH eist dat het Vorsatz de wezenlijke omtrek (‘wesentliche Beziehungen’) omvat van de feitelijke vervullingswijze van het delict.¹⁹⁶ Details (‘Einzelheiten’) van die vervullingswijze zijn onttrokken aan deze eis.¹⁹⁷ In veel gevallen waarin een verschil bestaat tussen feitelijke en voorgestelde vervullingswijze, is

192 Vgl. bijvoorbeeld Puppe 2007, p. 242-243; Stuckenberg 2007, p. 707-708.

193 Roxin 2006a, § 12 Rn. 153. In gelijke zin Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 54a.

194 Zo Puppe 2007, p. 243.

195 Zie bijvoorbeeld Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 54a; Puppe 2007, p. 142-143.

196 Zo Vogel 2007, § 15 Rn. 49: ‘Freilich müsse der Vorsatz das wirkliche Tatgeschehen nur in seinen “wesentliche Beziehungen” (...) umfassen.’

197 De assumptie is dat niemand in staat is de vervullingswijze tot in alle bijzonderheden te voorzien. Om die reden volstaat Vorsatz op de wezenlijke omtrek daarvan. In die zin ook Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 54; Vogel 2007, § 16 Rn. 63; Roxin 2006a, § 12 Rn. 151.

de afwijking gelegen in het Kausalverlauf. Het *Kausalverlauf* is de verbinding tussen de Tathandlung (feitelijke delictshandeling) en de intreding van het Erfolg (feitelijk delictsgevolg).¹⁹⁸ Het Kausalverlauf begint op het moment dat de feitelijke delictshandeling is beëindigd, en eindigt met de intreding van het delictsgevolg. In de rechtspraak wordt het Kausalverlauf beschouwd als een ongeschreven Tatumstand van het doleuze gevolgsdelict; een delict als Totschlag veronderstelt de ‘opzettelijke veroorzaking’ van de dood van het slachtoffer. Die opzettelijke veroorzaking impliceert opzet op de causale keten die door de eigen handeling in gang is gezet.¹⁹⁹

De eis dat het Vorsatz is gericht op de wezenlijke omtrek van het Kausalverlauf moet worden begrepen in het licht van de zeer beperkte mate waarin het causaliteitsvereiste de aansprakelijkheid voor het Vorsatzdelikt beperkt: de feitelijke delictshandeling moet een noodzakelijke voorwaarde (conditio sine qua non) zijn voor intreding van het delictsgevolg, maar ‘bei den Vorsatzdelikten verlegt sie [BGH, AP] die Lösung der Zurechnungsprobleme zumeist auf die Vorsatzebene’, aldus Beulke.²⁰⁰ In het kader daarvan is het standaardrechtspraak dat het Vorsatz alleen wordt uitgesloten als de feitelijke vervullingswijze van het delict wezenlijk afwijkt van de voorstelling die de Täter zich daarvan heeft gemaakt. Ter omlijning van niet-wezenlijke afwijkingen – die het Vorsatz dus *niet* aantasten – hanteert het BGH het volgende criterium:

‘Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf sind jedoch rechtlich bedeutungslos, wenn sie sich *innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren* halten und keine andere *Bewertung der Tat* rechtfertigen [cursivering, AP].’²⁰¹

De gecursiveerde zinsnede bestaat uit twee cumulatieve voorwaarden: de afwijking is naar algemene levenservaring voorzienbaar (*Vorhersehbarkeit einer Abweichung*) én de afwijking rechtvaardigt geen andere beoordeling van de ‘Tat’ (normatieve *Abweichungsbewertung*).²⁰² Deze voorwaarden worden door het BGH niet nader ingevuld of toegelicht.²⁰³

De eerste voorwaarde stamt uit de adäquatietheorie.²⁰⁴ Volgens die theorie is ‘Ursache im rechtssinn nur die tatbestandsadäquate Bedingung. Ein Tun (...) ist dann adäquate Bedingung des konkreten Erfolgs, wenn es die objektive Möglichkeit seines Eintritts generell (nach allgemeiner Lebenserfahrung) in

198 Zie bijvoorbeeld Kühl 2012, § 13 Rn. 41; Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 55.

199 Vgl. Kühl 2012, § 5 Rn. 15; Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 54 en Roxin 2006a, § 12 Rn. 151.

200 Wessels/Beulke 2010, § 6 Rn. 181.

201 BGH 30 augustus 2000, *NStZ* 2001, 29. Zie hierover ook Puppe 2011 § 10 Rn. 29; Roxin 2006a, § 12 Rn. 151.

202 Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 55. Ook subjectief getinte factoren zijn volgens de auteur van belang gebleken, bijvoorbeeld ‘welche Entwicklung seines Verhalten der Täter beabsichtigt und vorausgesehen hat’.

203 Zo Vogel 2007, § 16 Rn. 61.

204 Aldus ook Wessels/Beulke 2010, § 7 Rn. 260.

nicht unerheblicher Weise erhöht hat.²⁰⁵ De reikwijdte van Vorsatz wordt dus mede beperkt door een causaliteitsmaatstaf: alleen voorzienbare afwijkingen in de vervullingswijze van het delict kunnen worden omvat door Vorsatz. De tweede voorwaarde is open geformuleerd. Aangenomen wordt dat in het kader van deze normative Abweichungsbewertung een belangrijke factor is in hoeverre de voorgestelde onderscheidenlijk feitelijke vervullingswijze van het delict gelijkwaardig zijn.²⁰⁶ Het gros van de feitelijke afwijkingen wordt aangemerkt als ‘niet-wezenlijk’.²⁰⁷ Onder toepassing van bovenstaande criteria is een afwijking bijvoorbeeld niet-wezenlijk wanneer de Täter met dodingsopzet een kogel afvuurt op het hart van slachtoffer, maar in plaats daarvan met dodelijk gevolg diens *hoofd* treft.²⁰⁸

4.4.1.2 Mittäter

Net als bij de Täter wordt het Vorsatz van de Mittäter aangetast wanneer de feitelijke vervullingswijze van het delict *wezenlijk afwijkt* van de voorstelling die de Mittäter zich daarvan heeft gemaakt. In dat geval wordt gesproken van een ‘Exzess’. Niet-wezenlijke verschillen worden echter, net als bij de Täter, door Vorsatz omvat. Het standaardcriterium van het BGH, de zogenaamde ‘Exzessregeln’²⁰⁹, luidt als volgt:

‘Jedoch begründet nicht jede Abweichung des tatsächlichen Geschehens von dem vereinbarten Tatplan bzw. den Vorstellungen des Mittäter die Annahme eines Exzesses. Differenzen, mit denen nach den Umständen des Falles *gerechnet werden muss* und solche, bei denen die verabredete Tatausführung durch eine in ihrer *Schwere und Gefährlichkeit gleichwertige* ersetzt wird, werden in der Regel vom Willen des Beteiligten umfasst, auch wenn er sie sich nicht so vorgestellt hat. Ebenso ist der Beteiligte für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen *gleichgültig* ist und deswegen auf deren Billigung geschlossen werden kann [cursivering, AP].’²¹⁰

205 Wessels/Beulke 2010, § 6 Rn. 169. Een ‘adäquate Kausalzusammenhang’ ontbreekt, wanneer de intreding van het gevolg berust op een ‘ganz ungewöhnlichen Verkettung von Umständen (...), mit denen nach der Erfahrung des täglichen Lebens nicht zu rechnen war’.

206 Zo Sternberg-Lieben 2012, p. 293: ‘Damit macht die Rechtsprechung einerseits die Erheblichkeit der Abweichung zum Maßstab und nimmt anderseits eine Wertung vor, indem nach der Gleichwertigkeit von Geschehenem und Vorgestelltem gefragt wird.’

207 Aldus Puppe 2011, § 10 Rn. 7.

208 In gelijke zin Kühl 2012, § 13 Rn. 41. Ander voorbeeld: de Täter dient met dodingsopzet een bijslag toe op het hoofd van het slachtoffer met als doel diens schedel te splijten, de schedel van het slachtoffer breekt echter niet, maar het slachtoffer loopt door die bijslag een wond op die met dodelijk gevolg infecteert (zo Wessels/Beulke 2010, § 7 Rn. 261).

209 Zie nader paragraaf 5.3.

210 BGH 16 september 2009, *NStZ* 2010, 33. Zo ook BGH 6 december 1972, *NJW* 1973, 377. Het BGH spreekt buiten ‘Differenzen’ (*NStZ* 2010, 33), ook wel van ‘Abweichungen’ (*NJW* 1973, 377) of ‘Handlungen’ (BGH 15 september 2004, *NStZ* 2005, 261). Meer over deze Exzessregeln in paragraaf 5.3.1.

Met het oog op de verwantschap met de Täter – de voorstelling is de basis van het Vorsatz en dat Vorsatz heeft een aansprakelijkheidsbegrenzende functie – wordt wel gesteld dat het binnen het verband van Mittäterschaft draait om een algemene opzetvraag: het Vorsatz omvat ‘entsprechend den allgemeinen Regeln auch unwesentliche Abweichungen im Kausalverlauf’.²¹¹ De eerste twee gecursiveerde Exzessregeln vertonen ook duidelijk overeenkomst met de twee toerekeningscriteria die het BGH bleek te hanteren bij de Täter. De eerste Exzessregel heeft veel weg van de ‘voorzienbaarheid van de afwijking’, de tweede lijkt op de vermoedelijke invulling van de Abweichungsbewertung (gelijkwaardigheid tussen feitelijke en voorgestelde vervullingswijze).

Ondanks deze overeenkomst, bestaat een belangrijk verschil tussen opzetvragen bij Täterschaft en Mittäterschaft. Dat verschil heeft betrekking op de feitelijke delictshandeling. De Täter verricht deze eigenhandig. Gevallen van feitelijke dwaling ten aanzien van een Tatumstand – de feitelijke vervullingswijze wijkt af van de voorstelling daarvan – hebben in de regel betrekking op de aard van het gevolg of de *totstandkomingswijze* daarvan. De Mittäter verricht de feitelijke delictshandeling echter niet-noodzakelijkerwijs eigenhandig, want ook de mededader kan deze voor zijn rekening nemen. Het is daarom zeer goed voorstelbaar dat de afwijking bij Mittäterschaft is gelegen in de *feitelijke delictshandeling* van de mededader. In de casus die in paragraaf 5 worden beschreven, is dit telkens het geval.

Het afwijkingsvraagstuk speelt vrijwel altijd in de context van een *door het gevolg gekwalificeerd delict*. In dat geval is het de vraag is of de Mittäter aansprakelijk is voor het geobjectiveerde gevolg (bijvoorbeeld de dood van het slachtoffer). Het kenmerkende van deze veel voorkomende gevallen is dat de handeling van de mededader een ernstiger gevolg veroorzaakt dan het delictsgevolg waarop het Tatplan is betrokken (Körperverletzung). Wanneer de *Mittäter* op basis van die handeling aansprakelijk wordt gesteld voor Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), dan komt het erop aan. In dat geval hoeft het Vorsatz van de Mittäter weliswaar niet te zijn gericht op het dodelijk *gevolg*, maar wél op de feitelijke *delictshandeling*.²¹² Het afwijkingsvraagstuk heeft daarmee betrekking op de *vervullingswijze* van de bij het Tatplan voorgenomen Körperverletzung. Aanknopen bij het voorbeeld: dat de Mittäter zich *een* Körperverletzung heeft voorgesteld is vaak zonneklaar, maar het heikele punt is of *deze* Körperverletzungshandlung van de mededader wordt omvat door het Vorsatz van de Mittäter. Alleen onder die voorwaarde kan de Mittäter aansprakelijk worden gesteld voor het kwalificerend gevolg.

In gezaghebbende commentaren worden weinig woorden gewijd aan het bereik van het Vorsatz van de Mittäter.²¹³ Telkens wordt benadrukt dat delicts-

211 Zo Rengier 2008, § 16 Rn. 34. Zo ook Rengier 2010a, § 44 Rn. 23; Stuckenberg 2007, p. 706.

212 Zie paragraaf 3.4.2.3.

213 Zie bijvoorbeeld Schünemann 2007, § 25 Rn. 176 (Leipziger Kommentar); Joecks 2011, § 25, Rn.

bestanddelen en kwalificerende omstandigheden die buiten het Tatplan vallen een Exzess (wezenlijke afwijking) opleveren, waarvoor de Mittäter niet aansprakelijk is. Daarbij wordt opgemerkt dat wanneer het Tatplan handelingsruimte laat aan de afzonderlijke Mittäter, alle bij het Tatplan passende handelwijzen worden geacht door dat plan te zijn omvat.²¹⁴ Dat zijn zogenaamde stilzwijgend geïntegreerde handelingen, ook wel ‘planadäquate Verhaltensweisen’ genoemd.²¹⁵ Dit onbepaalde karakter dat het Tatplan kan hebben, komt later aan de orde.²¹⁶ Voor voorbeelden van dergelijke stilzwijgend geïntegreerde handelingen wordt verwezen naar rechtspraak – soms louter van oude datum²¹⁷ – die enkel summier wordt becommentarieerd. Veel meer woorden worden in algemene zin niet gewijd aan feitelijke afwijkingen bij Mittäterschaft.

4.4.2 Heersende leer: objectieve en subjectieve toerekening

In de rechtspraak speelt het *Vorsatz* de dominante rol bij het begrenzen van de aansprakelijkheid voor een afwijkende vervullingswijze van het doleuze gevolgsdelict; de voorgestelde en de feitelijke vervullingswijze mogen niet wezenlijk van elkaar verschillen. In de heersende leer worden deze feitelijke afwijkingen primair gezet in de sleutel van *causaliteit*. Dit heeft te maken met de hoge eisen die in de heersende leer worden gesteld aan het causaliteitsvereiste. Om die reden sta ik hieronder eerst stil bij die invulling van causaliteit: de ‘Lehre von der objektive Zurechnung des Handlungserfolges’ (*objectieve toerekening*). Kan het delictsgevolg objectief worden toegerekend aan de feitelijke delictshandeling van de Täter, dan is het vervolgens de vraag of dat gevolg ook kan worden toegerekend aan het *Vorsatz* van de actor (‘Zurechnung zum Vorsatz’): de *subjectieve toerekening*.²¹⁸ Die subjectieve toerekening corrigeert alleen in uitzonderingsgevallen het resultaat van de objectieve toerekening. Ik sta stil bij Roxins invulling van subjectieve toerekening: het criterium ‘Planverwirklichung’.

4.4.3 De Lehre von der objektive Zurechnung

In de heersende leer worden twee eisen gesteld aan het causaal verband tussen feitelijke delictshandeling en feitelijk delictsgevolg. De eerste is dat sprake is

236–242 (Münchener Kommentar); Schild 2013, § 25 Rn. 145 (Nomos Kommentar).

214 Schünemann 2007, § 25 Rn. 176. Zo ook Puppe 2007, p. 239; Sowada 2006, p. 629; Roxin 2003a, § 25 Rn. 196.

215 Zo bijvoorbeeld Weisser 2011, p. 369; Roxin 2003a, § 25 Rn. 196: ‘Freilich braucht der Tatplan nicht jede Einzelheit im Verhalten der Mittäter ausdrücklich festzulegen. Vielmehr kann dem einzelnen die Freiheit eingeräumt werden, der konkreten Situation gemäß zu handeln oder zu reagieren. Dann sind alle planadäquaten Verhaltensweisen durch die Vereinbarung gedeckt.’

216 Zie paragraaf 5.2.2.

217 Zo Roxin 2003a, § 25 Rn. 194–196, i.h.b. 196.

218 Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 54a; Vogel 2007, § 16 Rn. 65. De heersende leer wordt betwist door veel hedendaagse schrijvers die deze tweede stap (subjectieve toerekening) niet afzonderlijk benoemen. In hun ogen gaat het louter om de objectieve toerekening (de eerste stap in de heersende leer), in het kader waarvan de subjectieve toerekening een rol speelt. Het lijkt een louter dogmatisch verschilpunt te zijn. Zo stelt Sternberg-Lieben dat er niet een wezenlijk inhoudelijk verschil bestaat tussen de heersende leer en deze afwijkende opvattingen (zie Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 54a).

van ‘*empirische causaliteit*’²¹⁹: ‘zwischen dem Verhalten des potenziellen Täters und dem (...) eingetretenen Erfolg muss eine nach Naturgesetzen zu erklärende Verbindung bestehen.’²²⁰ Voor de vaststelling daarvan gebruiken veel schrijvers de *conditio sine qua non*-test: is de handeling een noodzakelijke voorwaarde voor intreding van het gevolg, dan is sprake van empirische causaliteit.²²¹

De tweede eis – de *Lehre von der objektive Zurechnung des Handlungserfolges* – beperkt de resultaten waartoe de empirische causaliteit voert. De gedachte is dat het alleen redelijk is causaliteit aan te nemen wanneer het feitelijk delictsgevolg aan de Täter is toe te rekenen als ‘sein Werk’: een ‘Werk des Täters’ moet worden onderscheiden van een ‘Werk des Zufalls’.²²² De intreding van het gevolg komt voor rekening van de Täter als is voldaan aan twee voorwaarden: *gevaarsetzung* (Gefahrschaffung) en *gevaarverwezenlijking* (Gefahrrealisierung). In de woorden van Beulke: ‘Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg dann, wenn der Täter eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert.’²²³ Deze benadering van causaliteit lijkt niet wezenlijk te verschillen van de Nederlandse leer van de redelijke toerekening.²²⁴

Het volgende schoolvoorbeeld kan verduidelijken dat een afwijkende vervullingswijze van het doleuze gevolgsdelict in de heersende leer wordt opgelost in de sleutel van causaliteit, terwijl dezelfde kwestie in de rechtspraak aan de orde komt in het kader van *Vorsatz*. Het betreft een geval waarin het delictsgevolg op atypische wijze tot stand komt:

De Täter lost met dodingsopzet een pistoolschot op het slachtoffer, het daardoor getroffen slachtoffer wordt met een niet-levensgevaarlijke verwonding opgenomen in het ziekenhuis, aldaar overlijdt deze als gevolg van een ziekenhuisbrand; de dood van het slachtoffer is op geheel andere wijze tot stand gekomen dan de Täter zich heeft voorgesteld.²²⁵

De uitkomst in deze casuspositie staat niet ter discussie: in zowel de heersende leer als rechtspraak maakt de onvoorzienbaarheid van het Kausalverlauf dat de Täter slechts aansprakelijk is voor versuchter Totschlag (poging tot doodslag).²²⁶ Helder is dat het atypische causale verloop geen aantasting oplevert van de empirische causaliteit tussen het pistoolschot en de verbrandingsdood van het slachtoffer: zonder pistoolschot geen ziekenhuisopname, zonder opname geen verbrandingsdood. In de *rechtspraak* wordt de nadere beoordeling vervolgens

219 De term is ontleend aan Witjens 2011, p. 6.

220 Kühl 2012, § 4 Rn. 6.

221 Kühl 2012, § 4 Rn. 6. Vgl. de formulering in Wessels/Beulke 2010, § 6 Rn. 156: ‘Ursächlich (...) ist jede Bedingung eines Erfolges, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.’

222 Wessels/Beulke 2010, § 6 Rn. 176 jo. 178 jo. 196.

223 Wessels/Beulke 2010, § 6 Rn. 179. Ook in deze zin Kühl 2012, § 4 Rn. 43; Roxin 2006a, § 11 Rn. 46.

224 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.1 jo. 3.6.3.

225 Zo bijvoorbeeld Roxin 2006a, § 12 Rn. 151.

226 Aldus Kühl 2012, § 13 Rn. 42 en Roxin 2006a, § 12 Rn. 151-152.

gezet in de sleutel van *Vorsatz*: de verbrandingsdood is niet voorzienbaar, en om die reden is het *Vorsatz* niet betrokken op de wezenlijke omtrek van het Kausalverlauf. In de *heersende leer* is in het voorbeeld geen sprake van causaliteit. Er is sprake van gevaarzetting: het pistoolschot roept het gevaar in het leven op een dodelijke afloop. De Totschlag is echter alleen voltooid als het geschapen levensgevaar zich manifesteert in de dood van het slachtoffer. Het antwoord op de vraag of sprake is van gevaarverwezenlijking vergt een tweede Gefahruhrteil, te vellen op basis van het door de feitelijke delictshandeling geschapen ‘gevaar’.²²⁷ Is de verbrandingsdood de verwezenlijking van het gevaar dat kleeft aan het geloste pistoolschot? Dat is niet het geval: de atypische wijze waarop de dood van het slachtoffer tot stand komt, maakt die dood louter het resultaat van toeval.²²⁸ Het pistoolschot is immers niet geschikt om een verbrandingsdood te veroorzaken.

4.4.4 Subjectieve toerekening: Planverwirklichung

Het feitelijk delictsgevolg van het doleuze gevolgsdelict is enkel opzettelijk veroorzaakt als dat gevolg en de totstandkomingswijze daarvan kunnen worden toegerekend aan het *Vorsatz* van de actor (*Zurechnung zum Vorsatz*). In het onderstaande wordt Roxins invulling van deze subjectieve toerekening in kaart gebracht: het criterium ‘Planverwirklichung’. Eerst wordt de beschrijving toegespitst op de *Täter*. Ik introduceer deze maatstaf omdat de door Roxin gebruikte terminologie – *Vorsatz* wordt begrepen als Planverwirklichung – laat zien dat de vaststelling van het bereik van *Vorsatz*, op soortgelijke wijze kan worden benaderd bij *Täter*- en *Mittäterschaft*. Ook het ‘gemeinsame *Vorsatz*’ van *Mittäter* wordt immers begrepen in termen van een *Tatplan*.

4.4.4.1 Täter

In paragraaf 4.2 zijn de verschillende vormen van *Vorsatz* – Absicht, *Vorsatz* als sicher wissen en Eventualvorsatz – op klassieke wijze beschreven, namelijk als verschillende constellaties van ‘weten’ en ‘willen’. Roxin heeft geprobeerd los te komen van deze formele beschrijvingen, door op zoek te gaan naar wat deze opzetvormen inhoudelijk bindt. Zijns inziens maakt de ‘Planverwirklichung’ – met dezelfde betekenis: ‘*Tatplanverwirklichung*’²²⁹ – het wezen uit van *Vorsatz*:

‘Ein Erfolg ist als vorsätzlich herbeigeführt anzusehen, wenn und weil er bei objektiver Bewertung dem Plan des Täter entspricht.’²³⁰

227 Aldus Roxin 2006a, § 11 Rn. 69. Daarover wordt ook wel anders gedacht: gevallen die de ene schrijver rubriceert onder gevaarverwezenlijking, plaatst een ander onder gevaarzetting. De plaatsbepaling hangt af van het gekozen aanknopingspunt. Inhoudelijk leidt dat verschil niet tot andere resultaten. Zie hierover Kühl 2012, § 4 Rn. 62.

228 In die zin Roxin 2006a, § 11 Rn. 69. Zo ook Kühl 2012, § 4 Rn. 42.

229 Zo bijvoorbeeld Sternberg-Lieben 2010, § 15 Rn. 54a; Vogel 2007, § 16 Rn. 66; Roxin 2006a, § 12 Rn. 156.

230 Roxin 2006a, § 12 Rn. 6. Onderschreven door Vogel 2007, § 15 Rn. 50.

Met de ‘objektiver Bewertung’ heeft Roxin een *normatieve* waardering op het oog: normatieve criteria bepalen welk gevolg al dan niet als verwezenlijking van het Tatplan mag worden aangemerkt, de voorstelling van de Täter biedt enkel de basis voor die waardering.²³¹

Roxin wijst erop, zoals hiervoor al is aangegeven, dat de objectieve en subjectieve toerekening in de meeste gevallen tot hetzelfde resultaat leiden – als een afwijking niet in de weg staat aan de objectieve toerekening daarvan, dan is de subjectieve toerekening evenmin problematisch.²³² In uitzonderlijke situaties leidt de eis van Planverwirklichung wél tot een nadere *beperking* van het resultaat waartoe de objectieve toerekening voert. In een dergelijk geval realiseert de afwijkende vervullingswijze wel het gevaar dat door de Täter in het leven is geroepen (causaliteit), maar mag die vervullingswijze niet gelden als verwezenlijking van het Tatplan (geen Vorsatz). Met het oog daarop sta ik stil bij twee voorbeelden van Roxin.

Het eerste betreft een geval waarin het voorgestelde Tatobject verschilt van het gerealiseerde.²³³ Een Täter die op heiligschennis uit is, mikt een steen op een *mariabeeld* dat is bevestigd in een huismuur. In plaats van het beeld wordt een *vensterruit* vernield dat is geplaatst in diezelfde muur. Is sprake van voltooide Sachbeschädigung (§ 303 StGB) van het huis, waarvan zowel het beeld als de ruit deel uitmaken?²³⁴ De afwijking is gelegen in de vervullingswijze van de Tatumstand ‘fremde Sache’; zowel het mariabeeld als de ruit laten zich daaronder rubriceren. Er is zonder meer sprake van causaliteit.²³⁵ De afwijkende vervullingswijze wordt in de ogen van Roxin echter niet gedekt door het Vorsatz van de stenengooier. Zijn Tatplan moet, naar ‘objektiver Bewertung’, als mislukt worden beschouwd ‘obwohl der Täter die Sache beschädigt hat, die er auch beschädigen wollte [het huis, AP]. Denn er wollte sie in einer durchaus *anderen Hinsicht* beschädigen, die auch objektiv eine “*andere Bewertung der Tat*” begründet [cursivering, AP].’²³⁶ Waarschijnlijk heeft Roxin hiermee het oog op het antireligieuze motief dat aan de daad ten grondslag lag; het was de Täter juist te doen om het mariabeeld. Volgens Roxin is dan ook enkel sprake van een *poging* tot het vernielen van het mariabeeld.²³⁷

231 Roxin 2006a, § 12 Rn. 157.

232 Roxin 2006a, § 12 Rn. 156. Verklaring: ‘Denn Kausalabweichungen, die sich “innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorausschbaren halten” (...), die sich daher in der auch für Vorsatztäter normalen und einkalkulierbaren Spielbreite kausaler Abläufe bewegen, vereiteln in der Regel, weil man mit ihnen ohnehin rechnen muss, nicht den Täterplan und daher auch nicht die Zurechnung zum Vorsatz.’

233 Roxin 2006a, § 12 Rn. 156. Zie over het Tatobject paragraaf 4.3.1.

234 Het eerste lid van de bepaling luidt: ‘Wer rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.’

235 Roxin 2006a, § 12 Rn. 156: ‘Die Zertrümmerung der Fensterscheibe ist dem Täter daher [want een zo geringe ‘Abirrung’ van de steen is zonder meer voorzienbaar, AP] als sein Werk zuzurechnen und erfüllt den objektiven Tatbestand des § 303.’

236 Roxin 2006a, § 12 Rn. 156.

237 Daarnaast staat de Täter ook in *culpoos* schuldverband tot de voltooide vernieling van de ruit (Roxin

Het tweede voorbeeld dat Roxin geeft, is soortgelijk aan het eerste: de afwijking is gelegen in het Tatobjekt en er is wél sprake van causaliteit, maar (mogelijkerwijs) niet van Vorsatz. Dit tweede voorbeeld illustreert verder dat het criterium van Planverwirklichung kan leiden tot een ruimer bereik van Vorsatz dan het geval is in de Konkretisierungstheorie.²³⁸ Het gaat om een situatie van aberratio ictus (afdwaling van het projectiel): de Täter beoogt A dood te schieten, maar de kogel treft B. Het treffen van B was voorzienbaar, maar de Täter heeft zich enkel een voorstelling gemaakt van de kwade kans op de dood van A. Heeft de Täter het vereiste Vorsatz voor Totschlag op B? In de heersende Konkretisierungstheorie is de Täter daarvoor niet aansprakelijk, omdat het Vorsatz zich niet uitstrekt tot de levensberoving van B.²³⁹ Volgens Roxin is dat oordeel niet zonder meer juist. De toepassing van het criterium Planverwirklichung kan tot een ander resultaat voeren dan de Konkretisierungstheorie. In Roxins ogen is namelijk doorslaggevend of het de Täter, getuige zijn Tatplan, te doen was om een *bepaald* slachtoffer te treffen. Alleen als dat het geval is, strekt diens Vorsatz zich *niet* uit tot een *ander* slachtoffer. Was het de Täter in het voorbeeld echter niet in het bijzonder te doen om de levensberoving van A, dan is sprake van voltooide Totschlag op B. Bijvoorbeeld: de Täter heeft de bedoeling een oproer te ontketenen, en met dat doel en het Vorsatz om te doden lost hij een schot op demonstrant A, als gevolg waarvan demonstrant B wordt getroffen: ‘Denn hier liegt trotz der Kausalabweichung *nach objektivem Urteil* (und oft auch nach der Meinung des Täter selbst) noch eine *Verwirklichung des Tatplans* vor [cursiveringen, AP]’.²⁴⁰ Het is de Täter immers te doen om de oproer, niet om de precieze demonstrant die zal worden getroffen. Een afdwaling van het projectiel mag volgens Roxin aan het Vorsatz worden toegerekend, wanneer het Tatplan zo moet worden uitgelegd dat het de Täter niet ging om het precieze slachtoffer. Voor het oordeel daarover kan het antwoord op de hypothetische vraag of ‘der Täter auch gehandelt hätte, wenn er mit der Abirrung gerechnet hätte’, een aanwijzing opleveren.²⁴¹ In de literatuur wordt overigens wel verdedigd dat deze door Roxin gepresenteerde aanwijzing het *beslissende* criterium zou moeten zijn: een afwijkende vervullingswijze van een Tatumstand wordt omvat door het Vorsatz wanneer de Täter ook gehandelt zou hebben als hij had geweten van de afwijking.²⁴²

2006a, § 12 Rn. 156).

238 Roxin positioneert zijn maatstaf ‘Planverwirklichung’ dan ook ergens tussen de Konkretisierungs- en Gleichwertigkeitstheorie. Aldus Roxin 2006a, § 12 Rn. 165.

239 Daarover al paragraaf 4.3.2.

240 Roxin 2006a, § 12 Rn. 166.

241 Roxin 2006a, § 12 Rn. 166. Of de Konkretisierungs- of Gleichwertigkeitstheorie geldt, is volgens Roxin dus afhankelijk van de inhoud van het Tatplan: ‘die Konkretisierungstheorie verdient Beifall, soweit der Tatplan ein konkretisiertes Objekt voraussetzt; ist dies nicht der Fall, gilt die Gleichwertigkeitstheorie’.

242 Zo ten aanzien van de *Mittäter* Walter 2008, p. 550: ‘Mein Vorschlag lautet (...) darauf abzustellen, ob den Täter die *Voraussicht der Abweichung von der Tat abgehalten haben würde* [cursivering, AP].’ De door Roxin en Walter gepresenteerde maatstaf is te herleiden tot het ‘criterium van Frank’. Vgl. Frank 1931, p. 190: ‘Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt

Voor de vraag of de afwijking al dan niet onder het Vorsatz van de Täter valt, is de normatieve waardering van het Tatplan dus telkens beslissend. Zo heeft hij die beoogt een stomp te geven op het *linkeroog* van het slachtoffer (Tatplan), het uit hoofde van § 226 Abs. 1 StGB (schwere Körperverletzung) vereiste Absicht²⁴³, wanneer hij onvoorzien het *rechteroog* treft; weliswaar wijkt het feitelijk gevolg af van de voorstelling van de Täter, maar uit normatief oogpunt past ook dit gevolg binnen het kader van het Tatplan. Volgens Roxin kan dat plan geïnterpreteerd worden als gericht op ‘Teilerblindung’.²⁴⁴ Ook met de tik op het rechteroog is dat doel verwezenlijkt.²⁴⁵ In paragraaf 5.2 zal blijken dat het interpreteren van het Tatplan (Tatplanauslegung) ook een belangrijke rol speelt bij de vaststelling van het bereik van het Vorsatz van de Mittäter.

Dat de reikwijdte van het Tatplan de resultante is van een normatieve afweging, maakt het mogelijk om niet op elk slakje zout te leggen. Zo kan uit normatief oogpunt worden verdedigd dat een afwijking die niet de *aard* van het feitelijk delictsgevolg betreft (zoals bij de voorbeelden in de vorige alinea’s), maar enkel de *totstandkomingswijze* daarvan, alleen in zeer bijzondere omstandigheden als opzettuitsluitend wordt aangemerkt.²⁴⁶ Wie een schot lost op iemand met de bedoeling om deze te doden, zal Vorsatz hebben ten aanzien van de dood van dat slachtoffer, ook als deze de kogel ontwijkt door met dodelijk gevolg uit het raam te springen.²⁴⁷ Het zal de Täter in de regel ook gaan om het realiseren van een bepaald delictsgevolg. Een afwijkende totstandkomingswijze zal het Vorsatz niet snel uitsluiten. Bij gevolgsdelicten zal dan ook minder gewicht worden toegekend aan subjectieve voorstellingen van de *totstandkomingswijze* van dat gevolg, dan aan voorstellingen van de *aard* daarvan.²⁴⁸

De voornaamste kritiek op de hierboven uiteengezette maatstaf van Roxin is dat deze een onduidelijke inhoud heeft. Hoe moet worden begrepen dat de *voorstelling* van de Täter van invloed is op het bereik van het Tatplan, terwijl

hätte, so ist (...) der Vorsatz also zu bejahen; kommt man zu dem Ergebnis, daß er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen.’ Kritisch ten aanzien van dit criterium Brouns 1988, p. 290.

243 Luidend: ‘Hat die Körperverletzung zur Folge, daß die verletzte Person *das Sehvermögen auf einem Auge* [cursivering, AP] oder beiden Augen, das Gehör, das Sprechvermögen oder die Fortpflanzungsfähigkeit verliert, (...) so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.’ Dat eerste lid moet in samenhang worden gelezen met het tweede: ‘Verursacht der Täter eine der in Absatz 1 bezeichneten Folgen *absichtlich oder wissentlich* [cursivering, AP], so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.’

244 Dit voorbeeld laat zien dat als men de inhoud van het Tatplan in algemene termen omschrijft (‘Teilerblindung’ in plaats van het verblinden van het ‘linkeroog’), ogenschijnlijke afwijkingen worden weggemasseerd. Het discussiepunt moet dan zijn of de gekozen (algemene) omschrijving recht doet aan de inhoud van het Tatplan.

245 Zo Roxin 2006a, § 12 Rn. 157.

246 Aldus Roxin 2006a, § 12 Rn. 158.

247 In die zin Roxin 2006a, § 12 Rn. 158: ‘Denn nach normativem Maßstab ist der Tötungsplan (...) gelungen, weil die angestrebte und in adäquater Weise erreichte Erfolgswirkung begleitende Modalitätsvorstellungen des Täters als für die Bewertung unerheblich erscheine läßt.’

248 Zo Roxin 2006a, § 12 Rn. 158.

uiteindelijk de *normatieve* waardering van dat plan doorslaggevend is? Block schrijft in dat verband: ‘Daher könne es für die normative Frage nach der Zurechenbarkeit des Erfolgs nur auf die Entscheidung der Rechtsordnung und keinesfalls auf irgendwelche subjektiven Einstufungen des Geschehens durch den Täter ankommen.’²⁴⁹

4.4.4.2 Mittäter

Roxin lijkt zijn criterium ook van toepassing te achten op het Vorsatz van de Mittäter. Is het gezamenlijk Tatplan gericht op een concrete rechtsgoedkrenking – bijvoorbeeld het doden van X (Vorsatzkonkretisierung) – dan moet het verwezenlijkte delict daarmee voldoende corresponderen. Die analoge toepassing maakt de schrijver bij mijn weten nergens expliciet. Uit Roxins onderschrijving van een beslissing van het BGH uit 1955 kan echter worden afgeleid dat het criterium Planverwirklichung ook bepalend is voor het bereik van het Vorsatz van de Mittäter.²⁵⁰

‘Mittäterschaft ist auch noch zu bejahen bei Abweichungen “die *im Rahmen der üblichen Spielbreite einschlägiger Taten liegen*, mit denen man nach den Umständen des Falles gewöhnlich rechnen muß und die das *Interesse des anderen Mittäter gleichwertig befriedigen*, z.B. wenn statt des Geldes Sachen weggenommen werden, die unschwer in Geld umgesetzt werden können [cursiveringen, AP]”’.²⁵¹

Dat Roxin in de context van Mittäterschaft betekenis toekent aan de maatstaf van Planverwirklichung komt tot uitdrukking in het belang dat hij hecht aan de omstandigheid dat enerzijds de afwijkende vervullingswijze past bij het Tatplan en anderzijds die afwijking ook het belang (‘Interesse’) dient van de Mittäter. Roxin lijkt een afwijkende vervullingswijze van het delict dus ook in het verband van Mittäterschaft te benaderen als een regulier opzetvraagstuk: bij zowel Täter als Mittäter is het de vraag of de afwijkende vervullingswijze in voldoende mate correspondeert met het Tatplan.

4.4.5 Besluit

Er bestaat geen uitgekristalliseerde heersende leer ten aanzien van de invulling van de *toerekeningscomponent* van Vorsatz: welke niet-voorgestelde *vervullingswijzen* van het delict worden omvat door Vorsatz? Overeenstemming bestaat enkel over het uitgangspunt dat dit een vraagpunt is, waarvoor de strafwet niet direct een oplossing aandraagt. Roxin geeft met zijn begrip *Planverwirklichung* invulling aan die toerekeningscomponent. Dat criterium lijkt Roxin ook toe te passen op

249 Block 2008, p. 223-224. De schrijver geeft de opvatting weer van Frisch. Eveneens afwijzend ten aanzien van Planverwirklichung als maatstaf: Puppe 2011, § 10 Rn. 4-5 en Puppe 2007, p. 242-243.

250 Ook Puppe begrijpt Roxin op deze wijze: ‘Nach dem Tatplankriterium (...) ist sie [de afwijking van de voorstelling van de Mittäter, AP] dann wesentlich, wenn sie mit der Erfüllung der weiteren Wünsche und Ziele des Täters [daarmee bedoelt Puppe de Mittäter, AP] nicht vereinbar ist.’ Zie Puppe 2007, p. 243 jo. 242.

251 Roxin 2003a, § 25 Rn. 196.

de Mittäter. In de opvatting van Roxin kan een afwijking van de voorstelling van de Täter of Mittäter aan diens Vorsatz worden toegerekend als die afwijking wordt geacht te passen bij het Tatplan van de Täter respectievelijk Mittäter. De voorstellingen van de Täter respectievelijk Mittäter vormen weliswaar het fundament van dat plan, maar de reikwijdte daarvan is de resultante van een normatieve waardering.

Die normatieve, juridische waardering komt ook terug in de toerekeningscriteria die het BGH hanteert ten aanzien van de Täter (Abweichungsbewertung) onderscheidenlijk de Mittäter (Ezessregeln). In geval van Mittäterschaft zijn de toerekeningscriteria toegespitst op de feitelijke delictshandeling van de mededader. Op laatstgenoemde criteria wordt in paragraaf 5 nader ingegaan.

5 Afwijkingen tussen het gepleegde en het door de Mittäter voorgestelde feit

5.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is naar voren gekomen dat de *voorstellingen* van de Mittäter de basis vormen van zijn Vorsatz. Het Vorsatz omvat in geen geval meer *Unrecht* dan wordt bestreken door die voorstellingen. Verder bleek de *toerekeningscomponent* van Vorsatz te maken dat slechts wezenlijke afwijkingen opzettende werking hebben.

Voortbouwend op deze bevindingen, wordt in deze paragraaf allereerst onderzocht hoe in de rechtspraak invulling wordt gegeven aan het Vorsatz van de Mittäter. In de meeste gevallen draait het om de aansprakelijkheid voor een door het gevolg gekwalificeerd delict.²⁵² Hieronder zal blijken dat het Vorsatz een ruim bemeten toerekeningscomponent kent, waardoor het begrip een ruim bereik heeft. Die reikwijdte komt aan de oppervlakte bij de volgende thema's: de uitleg van het Tatplan (paragraaf 5.2), de inhoud van de Ezessregeln (paragraaf 5.3), de benadering van vergissingen van de mededader (paragraaf 5.4) en de toepassing van de figuur 'sukzessive Mittäterschaft' (paragraaf 5.5). Ik besluit met een tussenbalans (paragraaf 5.6).

In paragraaf 5.7 wordt stilgestaan bij recente rechtspraak van het BGH over Mittäterschaft ten aanzien van Körperverletzung mit Todesfolge. Die jurisprudentie wijkt af van de heersende benadering, doordat minder eisen worden gesteld aan het Vorsatz van de Mittäter. Dat levert een verruiming op van diens aansprakelijkheid.

In paragraaf 5.8 beschrijf ik waar de aansprakelijkheid als Mittäter *eindigt*. In die gevallen draait het om casus waarin de feitelijke delictsuitvoering wezensvreemd (aliud) is aan de uitvoering waarop het Tatplan was gericht. In

252 De aard van die delicten verklaart dat de nadruk dan ligt op de vraag of de feitelijke delictshandeling wordt omvat door het Tatplan, meer in het bijzonder door het Vorsatz van de Mittäter. Alleen onder die voorwaarde, althans volgens de heersende leer en de traditionele rechtspraak, kan het daardoor veroorzaakte kwalificerend gevolg voor rekening komen van de Mittäter. Zie uitgebreider paragraaf 3.4.2.3.

deze gevallen is de Mittäter in het geheel *niet* aansprakelijk voor het gerealiseerde delict.

5.2 Eerste thema: de uitleg van het Tatplan

5.2.1 Het Tatplan is bepaald

Hiervoor is gebleken dat de Vorsatzkonkretisierung van de Täter – hij heeft zich enkel een *specifieke vervullingswijze* van het delict voorgesteld – zijn aansprakelijkheid beperkt tot uitvoeringswijzen van het delict die daarvan niet wezenlijk afwijken.²⁵³ Het Tatplan van de Mittäter kan op soortgelijke wijze zijn betrokken op een specifieke vervullingswijze van de delictsbestanddelen, bijvoorbeeld ten aanzien van de *gradatie* van het toe te passen geweld op het slachtoffer. Het is dan aan de rechter om dat plan juridisch te interpreteren (Tatplanauslegung): is het Tatplan *bepaald* – in de zin van ‘beperkt’ – tot die uitvoeringswijze van het delict?²⁵⁴

Het BGH heeft in sommige gevallen aangenomen dat het Tatplan op dergelijke wijze is bepaald tot de vervullingswijze van een delict. In die gevallen bleek die beperking uit de aanwezigheid van een *risicobeperkende afspraak* (risikolimiterende Abrede).²⁵⁵ Een dergelijke afspraak kan bijvoorbeeld inhouden dat Mittäter afspreken enkel geweld tot gradatie X aan te wenden of, negatief geformuleerd, wapen Y niet te gebruiken. Feitelijke delictshandelingen van de mededader die indruisen tegen een dergelijke afspraak, vallen buiten het bereik van het Tatplan, en deze kunnen om die reden niet worden toegerekend aan de Mittäter.

Dit komt bijvoorbeeld naar voren in de zaak NJW 1973, 377, een zaak waarin een geplande roofoverval uit de hand loopt.^{256/257} De overvallene verzet zich heviger dan verwacht, en wordt vervolgens door een van de mededaders met dodelijk gevolg gewurgd. Het Tatplan was enkel gericht op Raub, waardoor de Mittäter zonder meer *niet* strafbaar is voor een *opzettelijk* veroorzaakt levensdelict. De Mittäter wordt dan ook vervolgd voor het in Mittäterschaft begaan van Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB).²⁵⁸ De aansprakelijkheid voor een door het

253 Zie paragraaf 4.4.

254 Zie Weisser 2011, p. 369; Puppe 2007, p. 238–239; Sowada 2006, p. 629 (‘wertende Ermittlung’).

255 Als geconstateerd door Sowada 2006, p. 630. In soortgelijke zin Puppe 2007, p. 239; Sowada 1995, p. 648–649.

256 BGH, 6 december 1972, NJW 1973, 377. De betekenis van de ‘risikolimiterende Abrede’ ligt al verankerd in rechtspraak van het Reichsgericht. Zo RG 23 november 1933, RGSt 67, 367: ‘Eine mit ihren Folgen dem Mittäter nicht zuzurechende Überschreitung des anderen würde (...) darin zu finden sein, daß der andere zu der unmittelbar tödlichen Handlung eine Art von Waffen verwendet, die (...) nach dem ausdrücklichen oder stilschweigenden Übereinkommen der Mittäter (...) vom Gebrauch ausgeschlossen sein sollte.’

257 Zie in ander opzicht over deze zaak paragraaf 5.3.2.

258 § 251 StGB luidt: ‘Verursacht der Täter durch den Raub (§§ 249 und 250) wenigstens leichtfertig den Tod eines anderen Menschen, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.’ De delictomschrijving van het gronddelict ‘Raub’ (§ 249 StGB) luidt: ‘Wer mit Gewalt gegen eine Person (...) eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht

gevolg gekwalificeerd delict vooronderstelt de aanwezigheid van een ‘tatbestandstypische Gefährdusammenhang’ tussen gronddelict (Raub) en dodelijk gevolg (Todesfolge). In de heersende zienswijze heeft dit in de context van Mittäterschaft tot gevolg dat de MittäterVorsatz moet hebben ten aanzien van de concrete geweldshandeling van Raub – de *wurgingshandeling*: alleen dan staat de begane Raub in tatbestandstypische Gefährdusammenhang met de Todesfolge.²⁵⁹ Dat het Vorsatz van de Mittäter de wurgingshandeling omvatte, blijkt volgens het BGH onvoldoende uit de vaststellingen van de feitenrechter. Uit die vaststellingen volgt onder meer dat de Mittäter bij de planning van het delict afwijzend had gereageerd op het voorstel van de mededader – die later de wurgingshandeling verrichtte – om het slachtoffer in elkaar te slaan, met andere woorden: om zwaar geweld toe te passen.²⁶⁰ Mede op basis daarvan overweegt het BGH dat niet zonder meer vaststaat dat het Vorsatz van de Mittäter was betrokken op ‘Gewaltanwendung ohne jedes Maß’ – dat wil zeggen: op elke geweldsgradatie die valt onder het bestanddeel ‘Gewalt’ van Raub.²⁶¹

Een recentere overweging van het BGH naar aanleiding van een roofoverval, roept hetzelfde beeld op.²⁶² In die casus schiet de mededader met een geladen vuurwapen twee slachtoffers dood. Hoewel de Mittäter wist dat zijn mededader dat geladen wapen bij zich droeg, konden de dodelijke schoten niet aan hem worden toegerekend in het kader van § 251 StGB; vooraf was afgesproken dat het wapen *enkel* ter dreiging zou worden aangewend.²⁶³

Het is niet toevallig dat het in beide hierboven besproken strafzaken draait om overvallen. Risicobeperkende afspraken zullen zich vooral voordoen bij delicten die een voorafgaande planning veronderstellen.²⁶⁴ Bij een delict als Raub zal daarvan vaak sprake zijn, omdat een gedegen plan de kans van slagen aanmerkelijk

wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft [cursivering, AP].’ Het draait om de vervullingswijze van het gecursiveerde bestanddeel.

259 Zie paragraaf 3.4.2.3. De kwestie of de wurgingshandeling voldoende verband houdt met de Raub, werd in deze zaak niet geproblematiseerd (enkel dan kan er sprake zijn van Raub mit Todesfolge).

260 Uit de uiteenzetting van het feitencomplex volgt: ‘Der Vorschlag G’s [mededader, AP], er wollte H [slachtoffer, AP] zusammenschlagen, wurde bei der Planung der Tat nicht angenommen, weil V [een van de Mittäter, AP] wegen des harten Schlages G’s Bedenken äußerte.’

261 Wanneer de wurgingshandeling wordt opgevat als een wezenlijke overschrijding van het op Raub betrokken Tatplan, dan is de Mittäter om die reden niet aansprakelijk voor het kwalificerend gevolg van Raub (de dood van het slachtoffer). Dat laat echter de mogelijkheid open dat de Mittäter wél aansprakelijk is voor het gronddelict Raub. Dat is ook voorstelbaar in deze zaak. Zie voor een soortgelijk geval waarin de Mittäter *niet* aansprakelijk werd gehouden voor het kwalificerend gevolg, maar *wel* voor het gronddelict: BGH 5 november 2005, NSiZ-RR 2006, 38 (zie paragraaf 5.3.4 en 5.8.1).

262 Zie BGH 22 juli 2010, HRRS 2010, 790.

263 Dit kan worden afgeleid uit overweging 2: ‘Es bestehen Bedenken, ob dem [Mittäter] das vorsätzliche Erschießen der Opfer F. und W. durch den [mededader], der nach dem gemeinsamen Tatplan die geladene Selbstladepistole lediglich zur Drohung verwenden sollte [cursivering, AP], über die Grundsätze der “sukzessiven Mittäterschaft” deshalb zugerechnet werden kann, weil er sich nach der von ihm erkannten Tötung weiter an der Durchführung des Raubüberfalls beteiligte.’ De feitelijke delictshandeling (schieten met vuurwapen) levert een wezenlijke overschrijding op van het Tatplan (dreigen met vuurwapen). Uitgebreider over de figuur ‘sukzessive Mittäterschaft’ in de context van afwijkingen van het Tatplan: paragraaf 5.5.

264 Sowada 2006, p. 630.

vergroot. In geval van delicten die het product zijn van escalerend geweld, zal een voorafgaande planning vaak ontbreken.

Deze risicobeperkende afspraken – het slachtoffer zou niet in elkaar worden geslagen (NJW 1973, 377) respectievelijk het vuurwapen zou enkel ter dreiging worden ingezet (HRRS 2010, 790) – maken dat het Tatplan niet alleen is bepaald tot delictsbestanddelen (Raub), maar ook tot een *vervullingswijze* daarvan. Die bepaaldheid blijkt het Tatplan te begrenzen. In de literatuur wordt wel verdedigd dat die begrenzende werking van risicobeperkende afspraken geldt, ook wanneer voor de Mittäter *voorzienbaar* is dat zijn mededader zich mogelijkwerwijs niet aan die afspraak zal houden.²⁶⁵ Deze stand van zaken is in lijn met de heersende leer en rechtspraak over de Vorsatzkonkretisierung van de Täter. Een *verhoging* van Unrecht bleek niet te worden omvat door het Vorsatz van de Täter, ook al is die verhoging voorzienbaar.²⁶⁶ Het rechtsgevolg dat wordt verbonden aan risicobeperkende afspraken waarborgt datzelfde: ook aan het Vorsatz van de Mittäter mag geen verhoging van Unrecht worden toegeschreven, ongeacht de eventuele voorzienbaarheid van de afwijkende feitelijke delictshandeling die dat verhoogde Unrecht in het leven roept. De voorstellingen die de Mittäter zich hebben gemaakt van de uitvoeringswijze van het delict lijken het Tatplan dus te beperken, zodra die specificering de gedaante aanneemt van een risicobeperkende afspraak.

5.2.2 Het Tatplan is onbepaald

Het Tatplan kan ook in hoge mate *onbepaald* zijn met betrekking tot de vervullingswijze van het delict: ‘Zu beachten bleibt stets, dass der Tatplan eine gewisse Offenheit und Bandbreite aufweisen kann und dann seine Grenze ausgeloten werden müssen (...).’²⁶⁷ Die onbepaaldheid kan verschillende oorzaken hebben. Twee springen in het oog.

In de eerste plaats kan het zo zijn dat de Mittäter zich wel *voorstellingen* heeft gemaakt van die uitvoeringswijze, maar dat deze *niet* worden opgevat als een *beperking* van het Tatplan.

De zaak MDR 1985, 446²⁶⁸ biedt een voorbeeld. De feitenrechter stelde vast dat de Mittäter hadden afgesproken de meegebrachte knuppels bij een overval op een tankstation alleen *indien nodig* (‘im Bedarfsfall’) te gebruiken. In dat verband hadden de Mittäter specifiek het oog op de situatie dat het wegnemen van de kassa-inhoud niet ‘komplifikationslos und ohne Gegenwehr des Tankwarts’ zou plaatsvinden. Dat is een specificering ten aanzien van de *omstandigheid* waarin dat geweld zal worden toegepast. Door een onvoorziene ontwikkeling

265 Sowada 2006, p. 629. Zo ook Puppe 2007, p. 238–239 jo. 243.

266 Zie paragraaf 4.3.2 jo. 4.4.

267 Rengier 2010a, § 44 Rn. 24. In soortgelijke zin Schünemann 2007, § 25 Rn. 176; Roxin 2003a, § 25 Rn. 196; Otto 1987, p. 252.

268 BGH 23 januari 1985, MDR bei Holz 1985, 446. Zie voor (korte) beschouwingen ten aanzien van deze beslissing: Heine 2010, § 25 Rn. 95; Feilcke 2001, p. 37–38.

– de bestuurder van de vluchtauto werd gedwongen weg te rijden – moeten de mededaders te voet vluchten. In het kader van die vlucht slaat een van de mededaders de pompbediende met een knuppel, zonder dat deze pompbediende zich daarvóór verzet. Die klap dient evenmin om het wegnemen van de kassainhoud te vergemakkelijken. Het geweld werd dus in een *andere omstandigheid* toegepast dan de omstandigheid die de Mittäter zich hadden voorgesteld.

De betekenis van die voorstelling wordt echter gerelativeerd door het BGH. Het BGH legt het Tatplan zo uit, dat daarin was opgenomen dat de knuppels ‘*im Bedarfsfall* oder bei *einer Komplikation* mit dem Knüppel auf den Tankwart eingeschlagen wurde [cursiveringen, AP]’. Deze situatie deed zich voor nu de vlucht voor B en C werd bemoeilijkt door het ontbreken van een vluchtauto. Met het slaan van de pompbediende is ‘entsprechend der verabredeten Tatauführung gehandelt’, aldus het BGH. De specifieke voorstellingen van de Mittäter van de omstandigheid waarin dat geweld indien nodig zou worden aangewend, beperkten het Tatplan dus niet. De wijze waarop het Tatplan in meer algemene termen wordt geïnterpreteerd – waardoor de feitelijke delictshandeling van de mededader valt onder het bereik van het Tatplan – is vergelijkbaar met de wijze waarop volgens Roxin het Tatplan (Vorsatz) van de Täter mag worden veralgemeniseerd; diens plan om een stomp te geven op het *linkeroog* van het slachtoffer (specifieke voorstelling), kon worden begrepen als gericht op *Teilerblindung* (algemener), waardoor het niet-voorgestelde letsel aan het *rechteroog* wordt omvat door het Tatplan.²⁶⁹ Waar de algemene inhoudsbepaling het in dit voorbeeld mogelijk maakt om de niet-voorgestelde vervullingswijze van het *delictsgevolg* onder het Tatplan te brengen, daar maakte het als ‘onbepaald’ waarderen van het Tatplan wat betreft de omstandigheid waarin de knuppel mocht worden gebruikt, dat de niet-voorgestelde *feitelijke delictshandeling* van de mededader wordt omvat door het Tatplan (MDR 1985, 446).

De zaak NStZ 1998, 511 levert een ander voorbeeld van een zaak waarin de betekenis van een specifieke voorstelling wordt gerelativeerd.²⁷⁰ In deze zaak was het Tatplan gespecificeerd ten aanzien van de *gradatie van geweld* die zou worden toegepast: in het kader van een gewapende roofoverval spreekt men af het slachtoffer een vuurwapen tegen het hoofd te zetten en zo nodig in diens been te snijden, indien dat slachtoffer de vindplaats van de buit niet wil prijsgeven. Op de plaats delict verzet het mannelijke slachtoffer zich heviger dan verwacht. Een mededader trekt daarop een mes en steekt met dodelijk gevolg meerdere keren in op het bovenlijf van de man. Ook in deze zaak duidt het BGH de specificerende voorstelling van de Mittäter (snijden in het been) niet als een *beperking* van het Tatplan tot geweld van die gradatie: ‘Ein fest vereinbarter Tatplan in dem Sinne, daß hierin [messneden in het been van het slachtoffer, AP] gleichzeitig die *äußerste* vereinbarte Gewalthandlung lag, ist dem Zusammenhang der Urteilgründe aber nicht zu entnehmen [cursivering, AP].’

269 Zie paragraaf 4.4.4.1.

270 BGH 27 mei 1998, NStZ 1998, 511.

In de tweede plaats kan de oorzaak van de onbepaaldheid van het Tatplan zijn gelegen in de omstandigheid dat de *vorstellungen* die de Mittäter zich heeft gemaakt van meet af aan in hoge mate *onbepaald* zijn.

Met het oog daarop geeft Puppe het voorbeeld van een groep hooligans die afspreken om ‘een’ aanhanger van een rivaliserende voetbalclub ‘een pak slaag te geven’ (‘aufzumischen’). Bij een dergelijk Tatplan wordt zowel het precieze doelwit als de aard en omvang van het gezamenlijk aan te wenden geweld in het midden gelaten.²⁷¹ Het is dan aan de feitenrechter om, aan de hand van de omstandigheden van het geval, inhoud te geven aan de ‘Offenheit’ en ‘Bandbreite’ die de vage bewoordingen laten bestaan. De keerzijde van een dergelijk Tatplan is dat dit een diffuse begrenzing kent: waar ligt de grens tussen enerzijds een feitelijke delictshandeling die invulling geeft aan de door het Tatplan gelaten handelingsruimte en anderzijds eigenmachig optreden buiten het Tatplan om?²⁷²

5.2.3 Relevantie

Zowel in de literatuur als in de rechtspraak wordt dus aansprakelijkheidsbeperkende werking toegekend aan een Tatplan dat is *bepaald* tot een vervullingswijze van het delict. Die bepaaldheid lijkt in ieder geval te worden aangenomen wanneer er een *risicobeperkende afspraak* bestaat. Daarmee wordt de reikwijdte van het Vorsatz van de Mittäter beperkt; bijvoorbeeld: de mededader mag enkel dreigen met het vuurwapen, maar hij mag niet schieten. Zonder die afspraak lijkt het Tatplan al snel te worden gewaardeerd als *onbepaald* ten aanzien van die uitvoeringswijze, ook in gevallen waarin de Mittäter wél een specifieke vervullingswijze op het oog hadden. Bij de uitleg van het Tatplan wordt in dat geval geabstraheerd van de voorstellingen van de Mittäter, bijvoorbeeld door deze te veralgemeniseren (MDR 1985, 446) of te relativeren (NStZ 1998, 511).

De juridische waardering van het Tatplan als ‘bepaald’ (beperkt tot een vervullingswijze van het delict) of ‘onbepaald’ (*niet* beperkt tot een vervullingswijze) wordt in het bijzonder van betekenis geacht voor de beoordeling van afwijkingen van het Tatplan die voor de Mittäter *te verwachten* waren. Deze Exzessregel, die hieronder wordt toegelicht, maakt dat een te verwachten verschil in vervullingswijze van het delict in de regel wordt omvat door het Vorsatz van de Mittäter. De toepassing van deze toerekeningsregel wordt door

271 Zo Puppe 2007, p. 238–239. Die onbepaaldheid leidt er volgens de schrijfster toe dat alle handelwijzen die gebracht kunnen worden binnen de vage begrenzing van het Tatplan, over en weer kunnen worden toegerekend. De Mittäter zal zich er volgens de schrijfster niet met succes op kunnen beroepen dat hij ‘Fußtritte oder weiteres Einschlagen auf das bereits am Boden liegende Opfer nicht mitgemeint’ had. Zie bijvoorbeeld ook BGH 2 december 2004, NStZ-RR 2005, 71 in welke zaak het slachtoffer ‘weerloos’ (‘widerstandsunfähig’) zou worden gemaakt. Zie voor een zaak waarin de afspraak te globaal is geweest om voor Tatplan te kunnen doorgaan: BGH 3 november 1995, NStZ 1996, 227: ‘Allein die auf brüderlicher Verbundenheit beruhende generelle Übereinkunft, in einer Kampfsituation füreinander eintreten zu wollen, vermag das erforderliche Einverständnis nicht zu begründen.’

272 Aldus Sowada 2006, p. 634.

veel auteurs *niet* aanvaard als dat zou leiden tot een verruiming van een *bepaald* Tatplan.²⁷³

5.3 Tweede thema: de Exzessregeln

5.3.1 De criteria

Afwijkingen die vallen onder de Exzessregeln van het BGH worden in de regel omvat door het Vorsatz van de Mittäter. Hoe ruimer die Exzessregeln zijn gesteld, hoe meer afwijkingen worden omvat, en hoe verder het Vorsatz van de Mittäter reikt. Als eerder opgemerkt wordt de afwijking doorgaans in het leven geroepen door de feitelijke delictshandeling van de mededader.²⁷⁴ De Exzessregeln worden dan ook toegepast op die handeling. Als eerder weergegeven, omschrijft het BGH deze toerekeningsregels als volgt:²⁷⁵

‘Jedoch begründet nicht jede Abweichung des tatsächlichen Geschehens von dem vereinbarten Tatplan bzw. den Vorstellungen des Mittäter die Annahme eines Exzesses. Differenzen, *mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss* und solche, bei denen die verabredete Tatausführung durch eine in ihrer *Schwere und Gefährlichkeit gleichwertige ersetzt wird*, werden in der Regel vom Willen des Beteiligten umfasst, auch wenn er sie sich nicht so vorgestellt hat. Ebenso ist der Beteiligte für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen *gleichgültig* ist und deswegen auf deren Billigung geschlossen werden kann [cursivering, AP].’²⁷⁶

De eerste twee gecursiveerde tekstdelen – hierna: ‘te verwachten afwijking’²⁷⁷ respectievelijk ‘gelijkwaardige feitelijke delictshandeling’ – wijzen op twee niet-wezenlijke verschillen tussen Tatplan en Tatuitlevoering. Deze afwijkingen worden ‘in de regel’ omvat door het Tatplan – met als buitengrens het Eventualvorsatz van de Mittäter²⁷⁸. Grammaticaal geïnterpreteerd gaat het om twee *alternatieve* voorwaarden.²⁷⁹ Vermoedelijk vanwege de forse verruiming van het Vorsatz die een geïsoleerde toepassing van het criterium ‘te verwachten afwijking’ zou meebrengen, worden beide criteria door sommige schrijvers als *cumulatieve* criteria opgevat.²⁸⁰ De derde cursivering betreft het derde toerekeningscriterium: de ‘onverschilligheid’ (‘Gleichgültigkeit’) van de Mittäter ten aanzien van de handelwijze van zijn mededader.²⁸¹

273 Zo al in paragraaf 5.2.1. Daarover uitgebreider in paragraaf 5.3.4.

274 Zie paragraaf 4.4.1.2.

275 Vgl. paragraaf 4.4.1.2.

276 BGH 16 september 2009, NStZ 2010, 33. Het BGH spreekt behalve van ‘Differenzen’ ook wel van ‘Abweichungen’ (BGH 6 december 1972, NJW 1973, 377) of ‘Handlungen’ (BGH 15 september 2004, NStZ 2005, 261).

277 Ook Rengier spreekt in dit verband over ‘erwartbare Abweichungen’ (Rengier 1986, p. 253).

278 Zie paragraaf 3.3.2.2.

279 Zo geïnterpreteerd door Sowada 2006, p. 634–635; Stuckenberg 2007, p. 706.

280 Daarover kort paragraaf 5.3.5.

281 Getuige ook bovenstaand citaat draait het in dat verband strikt genomen niet om een ‘afwijking’ van

Deze toerekeningscriteria komen hieronder uitvoeriger aan bod. Ik begin bij het criterium dat het minst onder vuur ligt en ik eindig bij de maatstaf die in de literatuur op het meeste verzet stuit.

5.3.2 Toerekeningscriterium: gelijkwaardige feitelijke delictshandeling

Een verschil tussen de door de mededader *verrichte* en de door de Mittäter *voorgestelde* feitelijke delictshandeling is irrelevant, wanneer beide handelingen gelijkwaardig zijn. In dat geval wordt de ‘verabredete Tatausführung durch eine in ihrer Schwere und Gefährlichkeit gleichwertige ersetzt’. De beslissing van het BGH in *NJW* 1973, 377 biedt een illustratie.²⁸² De feiten zijn als volgt:

De zaak draait om een door drie Mittäter geplande Raub met dodelijk gevolg (§ 251 StGB²⁸³). Samen met de als vechtersbaas bekend staande G, overvallen O en V het slachtoffer in zijn woning. Uit het feitencomplex blijkt dat G voorstelt het slachtoffer in het kader van de overval in elkaar te timmeren. Op instigatie van O en V, zij vrezen dat G te hard zal slaan, kiest men voor het in hun ogen lichtste geweldsmiddel; G en V zullen het slachtoffer met behulp van ether en een dot watten bedwelmen om de beroving daarmee te vergemakkelijken. Voor de woning van het slachtoffer spreken G en V met elkaar af dat ze ‘indien nodig geweld zullen gebruiken tegen het slachtoffer’. Ook O is van die afspraak op de hoogte, en hij keurt deze goed. Het loopt echter anders dan gepland. Het slachtoffer verweert zich hevig, en hij valt V aan. Deze V brengt daarop verwondingen toe aan arm en gezicht van het slachtoffer, door hem met een bij de hals afgebroken bierfles te steken. Daarop schreeuwt het slachtoffer om hulp. V vlucht. G blijft in de woning en doodt het slachtoffer door hem te wurgen (Mord). De delictsbestanddelen van ‘Mord’ werden niet omvat door het Tatplan, zo stelt de feitenrechter vast. Kernvraag: zijn O en V strafbaar voor Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB)?

O en V hebben zonder meer Vorsatz ten aanzien van het inzetten van *een* geweldshandeling in de zin van Raub (§ 249 StGB); zij gaven immers hun goedkeuring aan het inzetten van niet nader omlinjd geweld, indien dat geweld nodig zou zijn.²⁸⁴ Voor Mittäterschaft²⁸⁵ ten aanzien van Raub mit Todesfolge (§

het Tatplan.

282 BGH, 6 december 1972, *NJW* 1973, 377. Deze zaak is met betrekking tot risicobeperkende afspraken al aan bod gekomen in paragraaf 5.2.1.

283 De delictomschrijving luidt: ‘Verursacht der Täter durch den Raub (§§ 249 und 250) wenigstens leichtfertig den Tod eines anderen Menschen, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.’

284 Het Tatbestand van § 249 StGB luidt: ‘Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.’ Nu het Vorsatz van O en V zonder meer is gericht op het toepassen van *enig* geweld, zijn beiden vermoedelijk in ieder geval aansprakelijk voor Mittäterschaft met betrekking tot het gronddelict Raub. Zie in dat verband de zaak *NSiZ-RR* 2006, 38, besproken in paragraaf 5.3.4 en 5.8.1.

285 Daarmee bedoel ik Mittäterschaft ten aanzien van het gronddelict (Raub) en Täterschaft ten aanzien van het kwalificerend gevolg (Todesfolge). Zie daarover paragraaf 3.4.2.3.

251 StGB) is echter vereist dat de geweldshandeling die het kwalificerend gevolg veroorzaakt (in dit geval: de wurgingshandeling) wordt omvat door het Vorsatz van O en V. Volgens de feitenrechter is aan die eis voldaan.²⁸⁶ Het BGH verwerpt dat oordeel. Het BGH constateert dat de feitenrechter niet heeft vastgesteld dat O of V zich de wurgingshandeling heeft voorgesteld. De aanwezigheid van Eventualvorsatz ten aanzien van *een* geweldshandeling, rechtvaardigt niet de toerekening van *elke* geweldshandeling. De wurgingshandeling zou door het geweldsopzet van O en V worden omvat, wanneer de wurgingshandeling *gelijkwaardig* zou zijn aan de gradatie van geweld die O en V zich hadden voorgesteld.²⁸⁷ Dat bleek echter niet uit de vaststellingen van de feitenrechter.²⁸⁸ Om die reden blijkt onvoldoende uit de feitelijke vaststellingen en motivering van de feitenrechter, dat de wurgingshandeling gelijkwaardig is aan het geweld dat O en V zich hebben voorgesteld.

Uit deze zaak blijkt al dat het oordeel of er al dan niet sprake is van gelijkwaardigheid tussen Tatplan en Tatuivering, in hoge mate afhangt van de omstandigheden van het geval. Uit andere beslissingen volgt dat het slaan met een glazen asbak op het hoofd van het slachtoffer “in ihrem Schweregrad” het bij het Tatplan voorgenomen “Gewalt in Form von Schlägen” kan overstijgen.²⁸⁹ Het slaan en trappen tegen het hoofd van het slachtoffer (Tatplan) werd in NStZ 2005, 261 door het BGH wat betreft ‘Schwere und Gefährlichkeit’ niet wezenlijk verschillend gevonden van de toegebrachte messteken in bovenlijf en nek van datzelfde slachtoffer.²⁹⁰ Ook het in het kader van groeps geweld onvoorzien en met dodelijk gevolg in de buik van het slachtoffer steken met een dolk (uitvoering) werd door het BGH gelijkwaardig geacht aan het bij het

286 Dat volgens de *feitenrechter* de wurgingshandeling wél, maar het dodelijke gevolg daarvan níet door het Vorsatz wordt bestreken, vermag te verbazen. Wellicht vindt dat oordeel, hoewel gevelld vóór 1982, haar verklaring in de Hemmschwellentheorie (zie daarover paragraaf 4.2.2).

287 De wurgingshandeling zou door het Vorsatz van O en V zijn omvat wanneer het oordeel van de feitenrechter ‘eine eindeutige Feststellung dahingehend enthielte, daß die Angeklagten eine Gewaltanwendung des Schweregrades gebilligt hätten, wie sie G. angewendet hat.’

288 Het BGH overwoog dat uit de vaststellingen van de feitenrechter niet met voldoende zekerheid is op te maken dat het Vorsatz van O en V zich uitstreckte tot *elke* geweldsgradatie. Het feit dat zij wisten dat G een vechtersbaas was en dat zij daarom rekening hielden met de mogelijkheid dat G het slachtoffer zou slaan, maakt dat niet anders. Immers, zo stelt het BGH, het slachtoffer is niet door klappen om het leven gebracht. Kennelijk acht het BGH in de omstandigheden van dit geval de klappen waarmee door O en V rekening is of moet zijn gehouden, qua ernst en gevaarlijkheid niet gelijkwaardig aan het wurgen van het slachtoffer. In het geval van V geldt dat, ondanks de omstandigheid dat hijzelf het slachtoffer heeft geslagen met een fles. De reden is dat uit de vaststellingen van de feitenrechter niet is op te maken – mede gelet op het feit dat de feitenrechter ten onrechte aannam dat Eventualvorsatz ten aanzien van *een* geweldshandeling, de toerekening van *elke* geweldshandeling rechtvaardigt – dat V daarmee *elke* handeling van G op de koop heeft toegenomen. Die onzekerheid wordt bevestigd door het feit dat V ‘bei der Tatplanung ausdrücklich darauf bedacht war, [slachtoffer] vor den Schlägen G’s zu bewahren.’

289 BGH 10 februari 1977, 4 StR 652/76 (ongepubliceerd). Deze bron heb ik zelf niet kunnen raadplegen. Het citaat van het BGH waaruit is geput, is opgenomen in Rengier 1986, p. 253.

290 BGH 15 september 2004, NStZ 2005, 261.

Tatplan beoogde trappen en het slaan met knuppels, vuisten en kettingen.²⁹¹

Dit toerekenen van een vervullingswijze van het gronddelict op voorwaarde dat deze in ernst en gevaar gelijkwaardig is aan de uitvoeringsvariant die de Mittäter zich heeft voorgesteld, voorkomt dat een verhoging van Unrecht wordt toegerekend aan het Vorsatz van de Mittäter. Met andere woorden: Tatplan en Tatuitlevering zijn gericht op gelijkwaardig Unrecht, en kennen een gelijkwaardig risico dat als gevolg daarvan het kwalificerend gevolg wordt verwezenlijkt. Met het oog daarop wordt het gebruik van deze Exzessregel door verschillende schrijvers onderschreven.²⁹² Als is voldaan aan dit toerekeningscriterium dan ‘trägt die hinzutretende Verhaltensweise eher den Charakter einer konkretisierenden Ausformung [cursivering, AP] als den einer Überschreitung des gemeinschaftlichen Tatplans.’²⁹³

5.3.3 Toerekeningscriterium: onverschilligheid

Het toerekeningscriterium luidt:

‘der Beteiligte [ist] für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen gleichgültig ist und deswegen auf deren Billigung geschlossen werden kann.’

De ‘Gleichgültigkeit’ (onverschilligheid) bleek een in de heersende leer aanvaarde invulling te zijn van de volitieve component van Vorsatz; de Täter heeft een door hem voorgesteld *delictsgevolg* gewild, als het hem volledig onverschillig laat of dat gevolg intreedt.²⁹⁴ Bij Mittäterschaft doet die onverschilligheid op dezelfde wijze dienst als nadere invulling van Vorsatz ten aanzien van het gevolg.²⁹⁵ Anders dan bij de Täter heeft de onverschilligheid in geval van Mittäterschaft echter niet alleen betrekking op de mogelijke intreding van het gevolg, maar ook op het al dan niet verrichten van de *feitelijke delictshandeling* door de mededader. In dat geval heeft de Mittäter zich de mogelijke verwezenlijking van het delict voorgesteld (cognitieve component van Vorsatz), de vraag óf zijn mededader de daarvoor vereiste handeling verricht – en zo ja, welke – laat hem volledig

291 BGH 29 april 1974, 5 StR 470/74 (ongepubliceerd). Het citaat van het BGH waaruit is opgenomen in Rengier 1986, p. 254–255.

292 Zo bijvoorbeeld Sowada 2006, p. 635; Rengier 1986, p. 253.

293 Sowada 2006, p. 635.

294 Zie paragraaf 4.2.2. In die paragraaf is verwezen naar Roxin 2006a § 12 Rn. 30: ‘in einer solchen Einstellung steckt bereits eine Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung’.

295 Zie bijvoorbeeld BGH 15 juni 2000, NSZ-RR 2000, 327: ‘Zwar zwingt nicht jeder objektiv lebensgefährliche Einsatz eines Messers zur Annahme zumindest bedingten Tötungsvorsatzes (...). Angesichts der beiden Angekl. beherrschenden Motivation, unbedingt – auch um den Preis, dass G durch Messerstiche in den Leib in Todesgefahr geriet – an dessen Geld zu gelangen, um sich davon Heroin zu besorgen, liegt es hier aber nahe, dass beiden das Schicksal des Opfers jedenfalls *gleichgültig* war. Schon dies lässt entgegen der Annahme des LG auch auf eine *Billigung des tödlichen Erfolgs* durch beide Angekl. schließen [cursivering, AP].’ De onverschilligheid is een nadere invulling van het ‘willen’ van de mogelijkheid dat de messteken een dodelijk gevolg hebben.

onverschillig (volitieve component van Vorsatz). De beslissing van het BGH in NStZ 2005, 261 biedt in dit verband een illustratie.²⁹⁶ De feiten:

De Mittäter is met ten minste één mededader aan zijn zijde in gevecht geraakt met het latere slachtoffer. De feitenrechter stelt vast dat de Mittäter in samenwerking met ten minste één ander op het slachtoffer heeft ingetrapt en ingeslagen. Uit die forse geweldshandelingen leidt de feitenrechter af dat de Mittäter Eventualvorsatz heeft gehad ten aanzien van de dood van het slachtoffer. Het blijft echter niet bij dat trappen en slaan. Na die geweldshandelingen wordt de keel van het slachtoffer lange tijd dichtgeknepen en worden aan hem messteken toegebracht. Het slachtoffer overlijdt als gevolg van een messteek in zijn hals. De feitenrechter heeft niet kunnen vaststellen wie de keel van het slachtoffer heeft dichtgeknepen en evenmin wie de dodelijke messteek heeft toegebracht. Mogelijk, zo stelt de feitenrechter vast, had de Mittäter het strijdtoneel al verlaten vóórdat de dodingshandeling werd verricht. De verdachte wordt enkel veroordeeld voor Mittäterschaft ten aanzien van *Versuch* (§ 22 StGB) tot Totschlag (§ 212 StGB).

De veroordeling voor enkel poging tot Totschlag berust op het intrappen en inslaan op het slachtoffer, waarbij de verdachte zonder meer aanwezig is geweest. De feitenrechter is van oordeel dat de feitelijke dodingshandeling (de messteek) wezenlijk afwijkt van het Tatplan (een Exzess). Die handeling werd dus *niet* omvat door het Vorsatz van de Mittäter.

Het BGH oordeelt echter dat ook in het geval de Mittäter het strijdperk al zou hebben verlaten voordat de messteek werd toegebracht, die dodingshandeling voor zijn rekening komt. Daarvoor is allereerst van betekenis dat uit het gezamenlijk intrappen en inslaan op het slachtoffer kon worden afgeleid dat de Mittäter bij de uitvoering van het Tatplan Eventualvorsatz heeft gehad ten aanzien van de dood van het slachtoffer (het delictsgevolg).²⁹⁷ Het Tatplan was dus in voorwaardelijke zin betrokken op de dood van het slachtoffer. De Mittäter is aansprakelijk voor Totschlag, ook als hij afwezig is geweest op het moment dat de dodingskans zich verwezenlijkte. De reden is dat het hem onverschillig is geweest of zijn mededader de uitvoering van het Tatplan al dan niet zou *voortzetten*, met andere woorden: *of* zijn mededader verdere feitelijke delictshandelingen zou verrichten, en zo ja *welke*: ‘Die gemeinsame schwere Misshandlung des Tatopfers mit bedingtem Tötungsvorsatz, an der sich der [Mittäter] aktiv beteiligte, legt nahe, dass dem [Mittäter] *die weitere Vorgehensweise des oder der [mededader] gleichgültig war* [cursivering, AP]’.

Het BGH geeft er blijk van de Gleichgültigkeit niet alleen te betrekken op de mogelijke gevolgen van eigen handelen (zoals bij de Täter). Ook als het de

296 BGH 15 september 2004, NStZ 2005, 261. Zie in soortgelijke zin BGH 9 september 2002, NStZ 2002, 597.

297 Het BGH overweegt in dat verband: ‘Der [Mittäter] hat bei seinen eigenen und den Tritten und Schlägen des oder der [mededader(s)] den Tod des Opfers billigend in Kauf genommen. Die Tötung des Opfers war damit von seinem Willen umfasst.’

Mittäter om het even is *of* zijn mededader de uitvoering van het Tatplan – en dus de *samenwerking* – al dan niet *voortzet*, is hij aansprakelijk voor die voortzetting daarvan. Daarmee heeft de Gleichgültigkeit bij Mittäterschaft een ruimer toepassingsbereik dan bij Täterschaft.

Deze verruiming is omstreden. Sowada wijst in algemene zin op de gevaren van een dergelijke toepassing van Gleichgültigkeit op de handelwijze van de mededader. De bewijslast dreigt dan te worden omgekeerd:

‘Ein diffuser Tatplan hat auch diffuse Grenzen. Die Zurechnung infolge „Gleichgültigkeit“ kommt einer verkappter Beweislastumkehr nach dem Motto “wer nicht widerspricht, stimmt zu” nahe. Dies bewirkt eine beträchtliche *Haftungserweiterung*, wenn man die „Gleichgültigkeit“ nicht auf die Folgen eigenen Handelns, sondern auf die Einbeziehung *fremder Verhaltensweisen* erstreckt. (...) Die Konsequenz, dass jemandem wirklich alles, was einem anderen als Aggressionsakt in den Sinn kommt, wie eigenhandig verwirklicht soll angelastet werden können, wäre selbst dann zu weitgehend, wenn es lediglich um die Zurechnung als Körperverletzungshandlung ginge [cursivering, AP].’²⁹⁸

Ik begrijp de schrijver zo dat een geweldshandeling van de mededader al snel wordt gewaardeerd als een *voortzetting van de samenwerking* – en niet als een handeling die eigenmachtig, ‘los’ van de samenwerking door de mededader wordt verricht (een aliud²⁹⁹) – wanneer het de Mittäter onverschillig is wat zijn mededader aanvangt. Toegepast op deze zaak: dat het de Mittäter onverschillig is of zijn mededader de samenwerking voortzet, maakt op zichzelf niet dat de geweldshandeling ook objectief in voldoende verband staat met het *Tatplan*.³⁰⁰ Dat maakt dat het toepassen van het Gleichgültigkeitscriterium in de ogen van Sowada op gespannen voet staat met de aansprakelijkheidsbeperkende functie van het Tatplan; dat criterium is ongeschikt om dat plan af te bakenen.³⁰¹

5.3.4 Toerekeningscriterium: te verwachten afwijking

Een ‘Differenz’ of ‘Handlung’ wordt ook door het Vorsatz van de Mittäter omvat, wanneer ‘mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss’ (te verwachten afwijking).³⁰² Doorslaggevend is of de Mittäter rekening *had moeten houden* (normatief) met de feitelijke delictshandeling van zijn mededader, niet vereist is dat hij daarmee daadwerkelijk rekening *heeft* gehouden.³⁰³ Het criterium lijkt sterk op het *voorzienbaarheids criterium*, mede aan de hand waarvan wordt bepaald of het afwijkende Kausalverlauf wordt omvat door het Vorsatz

²⁹⁸ Sowada 2006, p. 634–635.

²⁹⁹ Zie nader over de aliud (‘andere Tat’) paragraaf 5.8.

³⁰⁰ Het kan bijvoorbeeld zijn dat de mededader in het geheel geen uitvoering geeft aan het Tatplan, omdat hij zich daarvan heeft losgemaakt. Daarover paragraaf 5.8.

³⁰¹ Zo Sowada 2006, p. 635.

³⁰² Zie paragraaf 5.3.1, in het bijzonder BGH 16 september 2009, *NStZ* 2010, 33 (‘Differenzen’) en BGH 15 september 2004, *NStZ* 2005, 261 (‘Handlungen’).

³⁰³ Zo Stuckenberg 2007, p. 706; Sowada 2006, p. 635; Feilcke 2001, p. 37.

van de Täter.³⁰⁴ Het is lastig vat te krijgen op dit toerekeningscriterium voor Mittäterschaft.³⁰⁵ Dat komt onder meer doordat de maatstaf een casuïstische inslag heeft ('nach den Umständen des Falles') en ruim is gesteld ('gerechnet werden muss').

Een andere reden daarvoor is dat uit de rechtspraak van het BGH niet duidelijk blijkt of het criterium ook wordt gebruikt ter *verruiming* van een bepaald Tatplan.³⁰⁶ Daarvan is sprake als de Mittäter verantwoordelijk zou zijn voor een feitelijke delictshandeling van de mededader, op de enkele grond dat het voor hem 'te verwachten' was dat die mededader een risicobeperkende afspraak zou schenden. Grammaticaal geïnterpreteerd lijkt het criterium ook te zien op dergelijke gevallen.³⁰⁷ Mocht het toerekeningscriterium inderdaad de mogelijkheid scheppen om een bepaald Tatplan te verruimen, dan stuit dat op veel verzet vanuit de literatuur.³⁰⁸ De kern van die kritiek is dat een Tatplan dat is beperkt tot een specifieke vervullingswijze van een delict zou worden opgerekt op basis van *culpa*.³⁰⁹

Wanneer het BGH de omstandigheid dat de afwijking 'te verwachten' is geweest echter enkel aanwendt als aanwijzing dat die handeling invulling geeft aan de *handelingsruimte* die het plan laat (*onbepaald* Tatplan), dan kan deze toepassingswijze op bijval rekenen van Puppe: 'Das bei der Ermittlung des Inhalts des gemeinsamen Tatplans auch die Tatumstände eine Rolle spielen, insbesondere die Frage, mit welchem Verhalten seiner Tatgenossen der einzelne unter den gegebenen Umständen zu rechnen hat, bedeutet noch keine Ausdehnung der Zurechnung auf die Fahrlässigkeit (...).'³¹⁰ Zo toegepast is deze Exzessregel verstrengeld met de hiervoor behandelde juridische waardering, dat het Tatplan 'onbepaald' is:³¹¹ dat een feitelijke delictshandeling 'te verwachten' was, kan een *aanwijzing* opleveren dat die handeling valt onder het bereik van het Tatplan,

304 Aldus ook Stuckenberg 2007, p. 706. Zie over dat voorzienbaarheidscriterium in het kader van Täterschaft paragraaf 4.4.1.1.

305 Mijn worsteling lijkt te worden gedeeld door Duitse schrijvers. Zie voor een poging greep te krijgen op die rechtspraak Sowada 2006, p. 628-629, 634-635.

306 Zie over de begrippen 'bepaald' en 'onbepaald Tatplan' paragraaf 5.2.

307 Vgl. Puppe 2007, p. 238: 'Nur aufgrund einer genauen Bestimmung des Inhalts des gemeinsamen Tatplans ist es möglich, die Planerfüllung, die dem anderen Tatgenossen als sein Unrecht zugerechnet wird, zu unterscheiden vom Mittäterexzess. Auch hier ist die Praxis mit der Mittäterschaftlichen Zurechnung allzu rasch bei der Hand. *Dass der Mittäter mit einer Abweichung von dem Tatplan rechnen musste, genügt jedenfalls nicht, ihm diese Abweichung als eigene Handlung und als vorsätzlich von ihm mitverursachten Erfolg zuzurechnen* [cursivering, AP].'³¹⁰ Zo ook Sowada 2006, p. 629.

308 Afkeurend bijvoorbeeld Puppe 2007, p. 238 jo. 243; Sowada 2006, p. 628-629 jo. 634-635; Heinrich 2005, p. 96; Maurach/Gössel/Zipf 1989, § 49, Rn. 58.

309 Zo uitdrukkelijk Sowada 2006, p. 635: 'die Einbeziehung von Abweichungen, mit denen nach den Umständen zu rechnen ist, darf nicht so verstanden werden, als sei hiermit jede Erweiterung umfasst, die noch innerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren liegt. Denn hierdurch würde die Mittäterschaftliche Zurechnung auf einen reinen Fahrlässigkeitsmaßstab zurückgeschnitten.'

310 Puppe 2007, p. 239.

311 Zie paragraaf 5.2.2.

namelijk als invulling van de door het plan gelaten handelingsruimte.³¹² Komt de feitelijke delictshandeling van de mededader voor de Mittäter juist volledig onverwacht – en is evenmin een andere Exzessregel van toepassing – dan geeft die handeling geen *invulling* aan gelaten handelingsruimte, maar levert deze een *wezenlijke afwijking* van het Tatplan op (Exzess). Zo kan bijvoorbeeld de beslissing van het BGH in *NStZ-RR* 2006, 38³¹³ worden begrepen. In die zaak hadden de Mittäter afgesproken het slachtoffer te mishandelen door middel van vuistslagen (Körperverletzung). In plaats van vuistslagen toe te dienen, sneed de mededader het slachtoffer echter met een mes in het gezicht, waardoor het slachtoffer littekens opliep – schwere Körperverletzung: kortweg mishandeling, zwaar lichamelijk letsel tengevolge hebbende.³¹⁴ De strafwaardiger *vervullingswijze* van Körperverletzung – een ‘messnee in het gezicht’ in plaats van ‘vuistslagen’ – was voor de Mittäter *niet te verwachten*, want hij wist niet dat zijn mededader een mes bij zich droeg. De Mittäter is in de ogen van het BGH niet aansprakelijk voor het door het gevolg gekwalificeerde delict ‘schwere Körperverletzung’, omdat de geweldshandeling in dat licht een wezenlijke afwijking van het Tatplan opleverde.³¹⁵ Kortom: in de in deze alinea uiteengezette toepassingswijze van het toerekeningscriterium ‘te verwachten afwijking’, speelt deze een rol om een handeling die valt onder een *onbepaald* Tatplan te onderscheiden van een handeling die *buiten* het plan valt.

Tegen de achtergrond van het voorgaande – wordt het toerekeningscriterium

312 In die zin ook Weisser 2011, p. 369: ‘Belässt der Tatplan an bestimmten Stellen Handlungsspielräume, so kann er auch Ausführungshandlungen umfassen, die sich der Beteiligte nicht konkret vorgestellt hat. Dass kann der Fall sein, wenn mit solchen Handlungen nach den Tatplanverabredungen zu rechnen war [cursivering, AP] (...)’. In soortgelijke zin Puppe 2007, p. 239. De rechter kan in haar ogen de inhoud van een Tatplan dat wat betreft aard en mate van het geweldgebruik grof omlind is, nader bepalen door te bezien welke handelwijze te verwachten was. Puppe lijkt te bedoelen dat in dergelijke gevallen het ‘rekening moeten houden’ met de handelwijze kan rechtvaardigen dat die handelwijze als concretisering wordt beschouwd van een op dat punt onbepaald Tatplan: ‘Wer sich auf einen solchen einlässt, haftet für jedes Verhalten des anderen Beteiligten, das unter die vage Tatplanbegrenzung noch subsumierbar ist.’

313 BGH 5 november 2005, *NStZ-RR* 2006, 38. Zie over deze zaak ook Rengier 2010a, § 44 Rn. 26.

314 De delictsombschrijving (§ 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB) luidt, voor zover van belang: ‘Hat die Körperverletzung zur Folge, daß die verletzte Person (...) in erheblicher Weise dauernd entstellt wird (...), so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.’

315 Wél houdt het BGH de Mittäter aansprakelijk voor het gronddelict ‘Körperverletzung’, omdat het gebruik van het mes in het licht van die strafbepaling, *niet* wezenlijk afwijkt van het Tatplan: ‘Denn körperliche Misshandlungen des geschädigten und Verletzungen *jedenfalls in der Schwere, wie sie durch Schläge verursacht werden* [cursivering, AP], entsprachen dem gemeinsamen, vom Angeklagten mitgetragenen Tatplan. Eine wesentliche Abweichung von dem Tatplan liegt deshalb nicht vor, soweit der geschädigte überhaupt misshandelt und verletzt wurde, sondern nur, soweit die Ausführungsart nicht der Vereinbarung entsprach und zu der schweren Tatfolge im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB führte. Dies steht jedoch einer Zurechnung der Körperverletzung nach van § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB [‘Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich’, AP] nicht entgegen.’ Het BGH lijkt in het gecursiveerde gedeelte tot uitdrukking te brengen, dat de Mittäter enkel aansprakelijk is voor *dát deel* van het toegebrachte letsel dat wat betreft ernst beantwoordt aan het letsel dat zou zijn toegebracht door vuistslagen. Hij wordt dus in feite enkel aansprakelijk gehouden voor het Unrecht dat hij in zijn voorstelling heeft opgenomen (vuistslagen).

aangewend in het kader van een ‘bepaald’ of ‘onbepaald’ Tatplan? – beschrijf ik twee zaken waarin het criterium is toegepast. Allereerst de zaak *NStZ* 2000, 29. De feiten:³¹⁶

De Mittäter steelt samen met G een tas van het latere slachtoffer. Daarbij wordt het slachtoffer geslagen. Vervolgens doorzoeken G, de Mittäter en ene O die tas. Daarin menen zij een bankpas aan te treffen. Zij gaan gezamenlijk terug naar het slachtoffer, met als doel om hem af te persen: zij zullen de bij die pas behorende pincode ‘eruit slaan’. Met dat doel deelt ook de Mittäter enkele vuistslagen uit. Nadat het slachtoffer cijfers noemt die nooit en te nimmer kunnen duiden op een pincode, draait O het slachtoffer uit woede op zijn buik. Vervolgens pakt hij het slachtoffer bij zijn haren en slaat diens hoofd een aantal maal met kracht tegen de houten vloer, terwijl G met kracht springt op de rug van het slachtoffer. Nadat het hoofd van het slachtoffer een aantal keer contact heeft gemaakt met de vloer, sommeert de Mittäter zijn kompanen op te houden, omdat het slachtoffer de pincode in zijn ogen toch niet zal afgeven. Het slachtoffer sterft tengevolge van het op hem toegepaste geweld.

Het forse geweld van O en G (het tegen de vloer slaan van het hoofd van het slachtoffer en het springen op diens rug) heeft de dood van het slachtoffer veroorzaakt. De feitenrechter heeft die geweldshandelingen aangemerkt als een wezenlijke afwijking (*Exzess*) van het op afpersing gerichte Tatplan; de Mittäter had zich enkel in de eerste fase gewelddadig betoond (vuistslagen), de ‘im Verlauf des Geschehens steigenden schweren Mißhandlungen’ weken echter wezenlijk af van het Tatplan. Bij die stand van zaken kan de Mittäter *wel* aansprakelijk worden gesteld voor het gronddelict Raub of Körperverletzung, maar *niet* voor Raub/Körperverletzung mit Todesfolge. Het BGH zag zich voor de vraag gesteld of de Mittäter aansprakelijk is voor Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) dan wel Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB).³¹⁷ In beide gevallen draait het om een door het gevolg gekwalificeerd delict: *eerst* moet dus worden vastgesteld dat de feitelijke delictshandeling van het gronddelict die het kwalificerend gevolg veroorzaakt, wordt omvat door het Tatplan – alleen dan staat het in Mittäterschaft begane gronddelict in tatbestandstypische Gefährdusammenhang met het kwalificerend gevolg – *daarna* moet blijken dat de Mittäter de vereiste vorm van culpa heeft ten aanzien van het kwalificerend gevolg.³¹⁸

Het BGH leidt uit de door de feitenrechter vastgestelde feiten en omstandigheden af dat het Tatplan was gericht op de afpersing van het slachtoffer, en dat ‘massive Gewalthandlungen’ daarbij waren inbegrepen (zij zouden de pincode immers ‘uit’ het slachtoffer slaan): ‘Daß der Angeklagte nur zu Beginn selbst gewalttätig

³¹⁶ BGH 1 september 1999, *NStZ* 2000, 29.

³¹⁷ Het is mij niet helder voor welke delicten de Mittäter nu is veroordeeld door de feitenrechter. Vgl.: ‘Das [Landesgericht] hat die Angeklagten des *Totschlags* [cursivering, AP], der versuchten schweren räuberischen Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, die [Mittäter] und G weiterhin der gefährlichen Körperverletzung und des Diebstahls für schuldig befunden (...).’ Is de Mittäter veroordeeld voor doodslag (wegens nalaten)? Het antwoord kan in het midden blijven, omdat het BGH aanknoopt bij Raub respectievelijk Körperverletzung mit Todesfolge, en het BGH in dat verband toetst of het oordeel van de feitenrechter kan standhouden dat de geweldshandelingen van O en G in het kader van die delicten een Exzess opleverden.

³¹⁸ Zie paragraaf 3.4.2.2.

war, läßt seine Beteiligung an späteren Verletzungshandlungen, die nach seiner Vorstellung noch zur durchführung des Tatplans dienten *oder mit denen nach den Umständen zu rechnen war* [cursivering, AP], nicht entfallen.’ Het BGH casseert: de feitenrechter diende opnieuw te beoordelen of de Mittäter op basis van deze feitelijke delictshandeling strafbaar is voor bijvoorbeeld Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) of Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB). In deze zaak lijkt het Tatplan *onbepaald* te zijn geweest ten aanzien van de geweldsgradatie die mocht worden ingezet in het kader van de afpersing. Zo opgevat lijkt de omstandigheid dat de dodingshandeling voor de Mittäter ‘te verwachten’ was, een aanwijzing op te leveren dat die handeling wordt omvat door het op dat punt onbepaalde Vorsatz van de Mittäter.

Een tweede illustratie van het toerekeningscriterium biedt de zaak BGH NStZ 1998, 511.³¹⁹ De gang van zaken is als volgt:

De Mittäter wordt samen met drie handlangers door ene A uitgelokt om een echtpaar te beroven van geld. Zij gaan ervan uit dat hun mannelijke slachtoffer de vindplaats daarvan zal prijsgeven, wanneer hem een vuurwapen tegen het hoofd zal worden gedrukt. Desnoods, zo spreken ze af, zullen ze dat slachtoffer tot prijsgave dwingen door met een mes in diens been snijden. Bewapend met onder andere een kruisboog en messen, begeven zij zich naar de slachtoffers. Op weg naar de plaats delict worden verschillende scenario's besproken. Men komt overeen ‘die Opfer gegebenenfalls zu schlagen und den Mann falls notwendig zu stechen’. De feitenrechter vat die afspraak niet als risicobeperkend op, in die zin dat enkel mag worden gestoken in het been van de man. De feitenrechter stelt vast dat het alle Mittäter duidelijk was dat de inzet van wapens zou kunnen leiden tot dodelijke gevolgen. Op de plaats delict verzet het mannelijke slachtoffer zich heviger dan verwacht. Een van de mededaders probeert dat verzet te breken door met de kruisboog het been van de man te treffen. Het slachtoffer slaat de kruisboog echter uit de handen van die mededader. Deze mededader trekt daarop een mes en steekt meerdere keren in op het bovenlijf van de man: ‘Mit diesem Vorgehen wollte er eine weitere Gegenwehr oder ein Fliehen von [slachtoffer] verhindern und ihn Töten.’³²⁰ Niet kan worden vastgesteld dat de stekende mededader ervan uit ging door middel van die dodingshandeling het geld te kunnen bemachtigen. Daarop maken de Mittäter zich uit de voeten, zonder de Raub te voltooien. Het slachtoffer sterft tengevolge van de aan hem toegebrachte messteken.

De feitenrechter veroordeelt de Mittäter voor poging tot Raub mit Todesfolge (§ 251 jo. 22 StGB). De dodelijke messteken worden in de ogen van de feitenrechter omvat door het Vorsatz van de Mittäter, en deze gevaarlijke vervullingswijze van de poging tot Raub maakt dat de Mittäter Leichtfertig is geweest ten aanzien van de intreding van de dood van het slachtoffer.

Volgens het BGH kan het oordeel van de feitenrechter dat de feitelijke delictshandeling werd omvat door het Vorsatz van de verdachte, standhouden.

319 BGH 27 mei 1998, NStZ 1998, 511. Zie voor een summier beschouwing met betrekking tot deze zaak Stuckenberg 2007, p. 706.

320 Overweging 4.

Het BGH overweegt dat er omstandigheden zijn die pleiten vóór het aanmerken van die handeling als Exzess. Zo bleek het slachtoffer zich veel heftiger te verzetten dan de Mittäter vooraf hadden verwacht. Om die reden draagt de feitelijke delictshandeling (de dodelijke messteken) het karakter van een ‘Spontanhandlung’ van de mededader; hij reageerde op een onvoorziene complicatie. De betekenis van dat steken kan echter, aldus het BGH, niet los worden gezien van wat de Mittäter zich wél hebben voorgesteld: zij ‘rechneten und billigten’ wapengebruik en geweldshandelingen die tot de dood van het slachtoffer hadden kunnen leiden. Hoewel zij niet *gewenst* hebben dat de geweldstoepassing verder zou gaan dan een snee in het been van de man, kon niet worden vastgesteld dat er een ‘fest vereinbarter Tatplan in dem Sinne, daß hierin gleichzeitig die äußerste vereinbarte Gewalthandlung lag’.³²¹ De feitelijke delictshandeling – het toebrengen van de messteken – werd volgens het BGH omvat door het Tatplan: ‘Alle Täter kalkulierten nach den getroffenen Feststellungen vielmehr durchaus die ohnehin naheliegende Möglichkeit ein, daß sie bei entsprechender Gegenwehr massiver als zunächst erhofft gegen die [slachtoffers] vorgehen mußten. Mit der geplanten Tatausführung schufen sie eine Situation, die *voraussehbar ohne weiteres eskalieren konnte. Genau diese Gefahr hat sich dann realisiert* [cursivering, AP].’³²² In deze beslissing stelt het BGH zelf dat het Tatplan *onbepaald* was ten aanzien van de uiterste grens van geweldstoepassing.³²³ Dat de Mittäter van meet af aan een geweldsescalatie moest verwachten, levert een aanwijzing op dat de feitelijke dodingshandeling invulling geeft aan de door het Tatplan gelaten handelingsruimte.

In zowel *NStZ* 2000, 29 als *NStZ* 1998, 511 werd de dodelijke feitelijke delictshandeling *niet* bestempeld als een Exzess. Dat impliceert dat die handeling kennelijk werd omvat door het Vorsatz van de Mittäter. Dat oordeel is in beide zaken gegrond op de omstandigheid dat die feitelijke delictshandeling voor de Mittäter te verwachten/voorzienbaar is geweest. In beide zaken lag aan de uitvoering van het gronddelict *geen* bepaald Tatplan ten grondslag, in die zin dat een beperking was afgesproken ten aanzien van de geweldsgradatie die mocht worden ingezet. Het BGH lijkt de toerekeningsregel in beide zaken te gebruiken als een aanwijzing dat de geweldshandelingen geen overschrijding opleveren van het Tatplan, omdat dat plan in beide casusposities onbepaald was ten aanzien van de geweldsgradatie die mocht worden aangewend. *Woordelijk* strekt de Exzessregel zich dus ook uit tot afwijkingen van een bepaald Tatplan, maar een casus waarin de *toepassing* van die toerekeningsregel een dergelijk plan verruimt, is mij niet bekend.

321 Indien er wél sprake zou zijn geweest van een risicobeperkende afspraak, dan zou de feitelijke delictshandeling vermoedelijk zijn aangemerkt als een wezenlijke afwijking van het Tatplan. Zie over de betekenis van de risicobeperkende afspraak paragraaf 5.2.1.

322 Overweging 13.

323 Het BGH merkt immers op dat niet vastgesteld kon worden dat het toebrengen van messneden in het been de ‘äußerste vereinbarte Gewalthandlung’ was.

5.3.5 Besluit

De Exzessregeln maken het mogelijk dat een feitelijke delictshandeling van de mededader in drie gevallen wordt omvat door het Vorsatz van de Mittäter: wanneer die handeling ‘gelijkwaardig’ is aan de vervullingswijze waarop het Tatplan is betrokken, indien de Mittäter ‘onverschillig’ is ten aanzien van de handelwijze van de mededader en wanneer die feitelijke delictshandeling ‘te verwachten’ is. Dat het Vorsatz van de Mittäter in de regel *gelijkwaardige afwijkingen* omvat, lijkt in de literatuur niet te worden aangevochten. Het criterium waarborgt dat onder het Vorsatz gebracht Unrecht gelijkwaardig is aan het Unrecht dat de Mittäter zich heeft voorgesteld.

De *onverschilligheid* verruimt het bereik van het Vorsatz van de Mittäter aanzienlijk. Dat blijkt als de toepassing van Gleichgültigkeit bij Mittäterschaft en Täterschaft met elkaar wordt vergeleken. In geval van de Täter is diens onverschilligheid enkel betrokken op het *delictsgevolg*. Óf deze diens Tatplan uitvoert, is niet de vraag; dat de Täter een feitelijke delictshandeling stelt, levert daarvoor het bewijs. Ingeval van Mittäterschaft is de ‘onverschilligheid’ echter ook betrokken op de *uitvoering* van het gezamenlijk Tatplan: ook onverschilligheid ten aanzien van de omstandigheid óf de uitvoering van het Tatplan wordt voortgezet, kan volstaan voor de toerekening van feitelijke delictshandelingen die invulling geven aan die voortzetting. De kritiek op deze maatstaf lijkt te zijn dat het gevaar bestaat dat als de Mittäter zich onverschillig verhoudt tot de voortzetting van de samenwerking, een daaropvolgende handeling van de mededader te snel wordt gewaardeerd als zijnde een ‘voortzetting van de samenwerking’ in plaats van als een aliud (‘andere Tat’).

Dat het Vorsatz van de Mittäter *te verwachten afwijkingen* omvat, betekent grammaticaal geïnterpreteerd een aanmerkelijke verruiming van de aansprakelijkheid van de Mittäter. Bij de Täter is de daaraan nauw verwante ‘voorzienbaarheid’ van de afwijking immers gekoppeld aan de Abweichungsbewertung, die vermoedelijk ziet op de ‘gelijkwaardigheid’ van feitelijke en voorgestelde vervullingswijze.³²⁴ In dat geval heeft de Täter Unrecht in zijn voorstelling opgenomen dat gelijkwaardig is aan het gerealiseerde. Bij de Mittäter is de toerekeningsregel ‘te verwachten afwijkingen’ echter niet uitdrukkelijk gekoppeld aan de eis dat de afwijking ‘gelijkwaardig’ is. Daarmee is bedoelde toerekeningsregel ook betrokken op delictshandelingen van de mededader die het Tatplan overschrijden. Dat geeft de mogelijkheid om ook een *verhoging* van Unrecht onder het Vorsatz van de Mittäter te brengen, op basis van de omstandigheid dat die verhoging te verwachten was (culpa). Bijvoorbeeld: het Tatplan is enkel gericht op Körperverletzung door middel van een vuistslag, de mededader verricht een voor de Mittäter voorzienbare dodelijke wurgingshandeling, waarop de Mittäter op basis van die wurgingshandeling aansprakelijk wordt gesteld voor Körperverletzung mit Todesfolge.³²⁵ Er is mij echter geen rechtspraak bekend waarin het BGH het

³²⁴ Zie paragraaf 4.4.1.1.

³²⁵ Het gaat uitdrukkelijk om een verhoging van Unrecht die betrekking heeft op de Tatumstand die de

Vorsatz van de Mittäter daadwerkelijk zo ver oprekt.³²⁶ Waarschijnlijk maakt de aansprakelijkheidsverruimende *potentie* van deze toerekeningsregel, dat deze in de literatuur doorgaans wordt gekoppeld aan het onomstreden criterium ‘gelijkwaardige afwijking’; een ‘te verwachten’ afwijking wordt enkel toegerekend als deze ‘gelijkwaardig’ Unrecht realiseert als is voorgesteld door de Mittäter.³²⁷

5.4 Derde thema: mededader handelt in dwaling

In deze paragraaf wordt aangeknoopt bij een strafzaak waarin sprake is van *error in persona*. Een voorbeeld van *error in persona* is: A brengt met dodingsopzet een persoon om het leven die hij abusievelijk voor B houdt, terwijl het in werkelijkheid C betreft. A vergist zich dus in de identiteit van het slachtoffer. De *error in persona* is een vorm van feitelijke dwaling: de dodingshandeling van A komt immers tot stand op basis van een onjuiste voorstelling van de werkelijkheid. In de heersende leer en rechtspraak laat een *error in persona* het *Tatbestandsvorsatz* van de Täter onaangetast.³²⁸ In het voorbeeld is A dus aansprakelijk voor de opzettelijke levensberoving van C. Soortgelijke gevallen kunnen zich voordoen in de context van Mittäterschaft. De mededader kan zich bijvoorbeeld vergissen in de identiteit van het slachtoffer (*error in persona*). Dat roept de vraag op of die dwaling in een dergelijk geval wordt omvat door het *Vorsatz* van de Mittäter.

Dit betreft het derde thema dat ik behandel, waarin naar voren komt dat het *Vorsatz* van de Mittäter een toerekeningscomponent kent. In de heersende opvatting en rechtspraak wordt een *error in persona* van de mededader in de regel omvat door het *Vorsatz* van de Mittäter. Die zienswijze komt aan de oppervlakte in de beslissing van het BGH in de merkwaardige zaak *BGHSt* 11, 268³²⁹, en de bespreking daarvan in de literatuur. De casus:

Drie met vuurwapens gewapende Mittäter plegen een inbraak in een woning. Zij hebben afgesproken om bij betrapting te zullen schieten op eventuele *achtervolgers*. De eventuele dood van een achtervolger nemen zij op de koop toe. De Mittäter worden op heterdaad betrapt. Zij

Mittäter in zijn voorstelling heeft opgenomen. Mittäterschaft ten aanzien van Totschlag komt om die reden niet in beeld: de Mittäter heeft immers geen Tötungsvorsatz.

326 In paragraaf 5.7 zal blijken dat het BGH in sommige gevallen van Mittäterschaft ten aanzien van Körperverletzung mit Todesfolge, in het geheel geen Vorsatz eist ten aanzien van de feitelijke dodingshandeling van de mededader. Voldoende is dat de dodelijke afloop *vorzuzienbaar* is geweest voor de Mittäter. In die gevallen wordt het Vorsatz inhoudelijk niet opgerekt. In plaats daarvan wordt de Vorsatz eis losgelaten.

327 Zo Wessels/Beulke 2010, Rn. 531: ‘Alle Mittäter haften hiernach für die Tat im Ganzen, dies jedoch nur im Rahmen des gemeinsamen Tatentschlusses (...). Kleinere Abweichungen vom geplanten Geschehen gelten als vom Tatplan mit abgedeckt, soweit mit ihnen bei der Tatausführung gerechnet werden muss und [cursivering, AP] sie den Schwere- und Gefährlichkeitsgrad der Tat nicht wesentlich verändern.’ Zo ook Rengier 2008, § 16 Rn. 34.

328 Zie Roxin 2006a, § 12 Rn. 194: ‘man [muss] darauf abstellen, dass der Täter, (...) den konkreten Menschen, auf den er gezielt hatte, getroffen hat; darin muss man eine Individualisierung der Tätervorstellung auf ein bestimmtes Handlungsobjekt sehen, die eine Vorsatzzurechnung begründet.’

329 BGH 23 januari 1958, *BGHSt* 11, 268.

vluchten gezamenlijk. Een van de mededaders (hierna: de mededader) meent op de hielen te worden gezeten door een achtervolger. Hij lost met dodingsopzet een schot op de vermeende achtervolger. Deze wordt enkel getroffen in zijn arm. In werkelijkheid betreft het niet een achtervolger, maar de Mittäter.

Zowel de mededader (error in persona) als de Mittäter wordt door de feitenrechter veroordeeld voor een Versuch³³⁰ tot Mord (§ 211 StGB) in Mittäterschaft begaan.

De zaak is merkwaardig, omdat de Mittäter aansprakelijk wordt gehouden voor een schot op zichzelf.³³¹ Het BGH bekrachtigt het oordeel van de feitenrechter; de error in persona van de mededader moet worden toegerekend aan de Mittäter: ‘Diesen gegen den vermeintlichen Verfolger gerichteten Mordversuch [mededader] muß sich [Mittäter] als seine eigene Tat anrechnen und sich dafür als Mittäter bestrafen lassen. (...) Dieser Schuß entsprach, da er einem vermeintlichen Verfolger galt, der Abrede aller Beteiligten, überschritt mithin auch nicht den Rahmen des vom Vorsatz des [Mittäter] Umfaßten und muß ihm daher voll zugerechnet werden [cursiveringen, AP].’ In de heersende opvatting wordt deze uitkomst onderschreven. Een vergissing van de mededader is betekenisloos voor het Vorsatz van de Mittäter. De ratio daarvan is dat de error in persona geen invloed heeft op het Tatbestandsvorsatz van de Täter. De mededader die de feitelijke delictshandeling verricht is Täter. Wanneer die feitelijke delictshandeling aan de Mittäter wordt toegerekend ‘könne sich die rechtliche Beurteilung dieses error in persona nicht ändern’, zo is de gedachte.³³²

Veel schrijvers nemen een tussenstandpunt in: de error in persona kan niet *zonder meer* worden toegerekend aan het Vorsatz van de Mittäter.³³³ Een van hen is Weisser.³³⁴ Ik sta kort stil bij haar uiteenzetting.

Het voor de hand liggende uitgangspunt is dat de feitelijke delictshandeling van de mededader moet worden gedekt door het gezamenlijk Tatplan. Beslissend is dus of de feitelijke delictshandeling binnen dat kader valt. Wanneer de mededader *bewust* een ander slachtoffer zou hebben beschoten, dan valt die feitelijke delictshandeling, ook volgens andere schrijvers, zonder twijfel buiten

330 Zie het huidige § 22 StGB: ‘Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.’

331 Die bijzondere constellatie maakt dat de Mittäter enkel aansprakelijk kan zijn voor een strafbare untaugliche Versuch (ondeugdelijke poging), niet voor een voltooid geweldsdelict. De reden is dat delictsomschrijving van bijvoorbeeld Mord (§ 211 StGB) of gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) de dood/verwonding van een *ander* mens strafbaar stelt. Daarvan is geen sprake: de Mittäter krijgt immers een geweldshandeling toegerekend die is verricht ten aanzien van *hemzelf*. Ook een *ondeugdelijke* poging is op zichzelf echter strafbaar. Zie daarover Eser 2010, § 22 Rn. 60 e.v. Deze aan het pogingsleerstuk gerelateerde kwesties laat ik verder rusten.

332 Zo wordt de heersende opvatting weergegeven door Weisser (Weisser 2011, p. 370). Conform de heersende opvatting Wessels/Beulke 2010, § 13 Rn. 533. Anders Schünemann 2007, § 25 Rn. 177; Roxin 2003a, § 25 Rn. 195.

333 Zo bijvoorbeeld Joecks 2011, § 25 Rn. 242; Weisser 2011, p. 370–372; Heine 2010, § 25 Rn. 96.

334 Zie Weisser 2011, p. 370–372.

het kader van het Tatplan.³³⁵ Die handeling mag in dat geval niet worden toegerekend aan de Mittäter. In de casus van de vermeende achtervolger gaat het echter om een geval van feitelijke *dwaling*: de mededader veronderstelde ten onrechte te handelen conform het Tatplan. Hij meende immers te vuren op een achtervolger. Of die dwaling een wezenlijke afwijking oplevert van het Tatplan is volgens Weisser afhankelijk van het gekozen gezichtspunt.³³⁶ Men kan het Tatplan spiegelen aan ofwel de *uiterlijke verschijningsvorm* van de feitelijke delictshandeling, ofwel de *subjectieve voorstelling* die de mededader zich heeft gemaakt bij het verrichten van die handeling. In het eerste geval is sprake van een Exzess waarvoor de Mittäter niet verantwoordelijk is: het Tatplan 'legitimeert' het schieten op een 'achtervolger', daarentegen is op een 'Mittäter' geschoten.³³⁷ Uit oogpunt van de subjectieve voorstelling van de mededader is geen sprake van een Exzess: de mededader meende immers te handelen in lijn met het Tatplan. Weisser lijkt met haar hierna volgende redenering te vertrekken vanuit dit gezichtspunt (de subjectieve voorstelling van de mededader).

Aanknopen bij het Planverwirklichungscriterium van Roxin, acht zij beslissend of de feitelijke delictshandeling al dan niet kan worden beschouwd als Planverwirklichung. Dit betreft een normatief besispunt.³³⁸ In de ogen van Weisser is doorslaggevend of de schoten al dan niet de verwerkelijking zijn van een risico op feitelijke dwaling dat wordt geschapen door het gezamenlijk *Tatplan*.³³⁹ De dwaling van de mededader levert in de hierboven beschreven casus een verwezenlijking op van een dwalingsrisico dat ligt besloten in het Tatplan: het 'war wahrscheinlich, dass [mededader] dem Verfolger bei der Flucht den

335 Zo Weisser 2011, p. 371; Schünemann 2007, § 25 Rn. 177; Roxin 2003a, § 25 Rn. 194.

336 Zo Weisser 2011, p. 371.

337 Dit gezichtspunt wordt gekozen door Roxin (Roxin 2003a, § 25 Rn. 195). Nu deze schrijver de uiterlijke verschijningsvorm van de handeling aanwijst als bepalende factor, is het voor hem irrelevant of de mededader bewust of per vergissing een ander slachtoffer treft dan bij Tatplan is beoogd: 'Für den fahrlässigen Exzeß [een vergissing van de mededader, AP] eines Mittäter sind die übrigen (...) genauso wenig verantwortlich wie für den vorsätzlichen; für die Überschreitung des Tatplanes ist es gleichgültig, ob sie vorsätzlich oder irrtümlich erfolgt.' Roxin stelt op basis hiervan dat vanuit het perspectief van de Mittäter in beide gevallen sprake is van een opzettuitsluitende *aberratio ictus* (afdwaling van het projectiel): de Mittäter heeft Vorsatz gehad op het beschieten van 'achtervolgers', maar 'hijzelf' is getroffen. Die opvatting vooronderstelt echter dat de mededader een 'projectiel' is dat door de Mittäter als 'mechanisch middel' is ingezet ter uitvoering van het gezamenlijk Tatplan: het 'projectiel' dwaalt af en treft het verkeerde slachtoffer. De kritiek op deze opvatting is dat deze mechanische invulling geen recht doet aan de figuur Mittäterschaft, op basis waarvan autonome actoren samenwerken. Puppe schrijft (Puppe 2007, p. 244): 'Die Handlung des [mededader] ist nicht irgendein natürlicher Kausalfaktor, der dem [Mittäter] außer Kontrolle geraten ist. (...) der [mededader] ist nicht ein Wurfgeschöß, das der [Mittäter] bei den Beinen packt und auf das Opfer schleudert (...). Deshalb passt die Figur der Abweichung im Kausalverlauf hier nicht.' In soortgelijke zin Weisser 2011, p. 372.

338 Hierover paragraaf 4.4.4.

339 Weisser 2011, p. 371-372. Beslissend is 'wer das Irrtumsrisiko zu tragen hat. Das aber sollte sich grundsätzlich danach richten, inwieweit das Irrtumsrisiko in der Tatplanung bereits angelegt war.' De betekenis die Weisser toekent aan de omstandigheid of het dwalingsrisico al dan niet ligt besloten in het Tatplan, wordt door meerdere schrijvers onderschreven. In gelijke zin bijvoorbeeld Joecks 2011, § 25 Rn. 242; Heine 2010, § 25 Rn. 96.

Rücken zuwenden würde; das hierin angelegte Risiko hat sich auch durch die Verwechslung realisiert'.³⁴⁰ De dwaling zou volgens Weisser geen verwezenlijking zijn van een door het Tatplan geschapen risico, wanneer de Mittäter niet waren betrapt, en de mededader bij het veiligstellen van de buit louter uit nervositeit een schot had gelost omdat hij het gevoel had te worden achtervolgd. Kortom: 'Solange [mededader] sich (...) *auf der Basis der Planvorgaben* [cursivering, AP] irrt, ist dieses Irrtumsrisiko auch von [Mittäter] mit zu tragen, denn es ist nicht ersichtlich, warum [Mittäter] privilegiert werden sollte, wenn das Verhalten des [mededader] durch den gemeinsamen Plan vorgegeben war.'³⁴¹

De heersende opvatting en nuanceringen daarvan, bijvoorbeeld door Weisser, hebben gemeen dat de feitelijke delictshandeling die berust op een *dwaling* van de mededader anders wordt beoordeeld dan gevallen waarin de mededader *bewust* afwijkt van het Tatplan. In geval de mededader bewust een ander slachtoffer doodt dan is afgesproken, dan is zonder meer sprake van een Exzess waarvoor de Mittäter niet aansprakelijk is.³⁴²

Berust die dodingshandeling op een *dwaling* van de mededader, dan lijkt die handeling zowel in het geldende recht als in de heersende opvatting al snel te worden omvat door het Vorsatz van de Mittäter. Dat houdt verband met het feit dat voor die beoordeling wordt aangeknoopt bij de Täter; voor de Täter is vergissing ten aanzien van de identiteit van het gedode slachtoffer irrelevant, voor de Mittäter ook. De benadering van Weisser wijkt daarvan enigszins af. De schrijfster, die op onderdelen wordt ondersteund door andere auteurs, spiegelt de Mittäter namelijk *niet* aan de Täter. In de zienswijze van Weisser lijkt het niet te gaan om een error in persona van de mededader *sec*, maar is de doorslaggevende vraag of die in *dwaling* verrichte handeling moet worden aangemerkt als *Planverwirklichung*. Het draait dus primair om de verhouding tussen de feitelijke delictshandeling en het Tatplan, en niet om die tussen handeling en delictsomschrijving (zoals bij de Täter). Voor de vraag of sprake is van *Planverwirklichung* is van betekenis enerzijds de subjectieve voorstelling van de mededader (veronderstelde de mededader conform het Tatplan te handelen?), anderzijds de normatieve waardering van die in *dwaling* begane feitelijke delictshandeling (verwezenlijkt die handeling een *dwalingsrisico* dat ligt besloten in het Tatplan?). Deze benadering maakt een genuanceerd oordeel mogelijk op basis van de bijzonderheden van het geval.

340 Weisser 2011, p. 372.

341 Weisser 2011, p. 372. In soortgelijke zin Puppe 2007, p. 244: 'Solange der [mededader] zu seiner Ausführungshandlung vom gemeinsamen Tatplan motiviert und bestimmt wird, d.h. in der Überzeugung handelt, diesen Plan zu erfüllen, gibt es keinen normativen Grund, dem [Mittäter] das Risiko eines Irrtums abzunehmen, den der [mededader] dabei begeht.'

342 In dat geval levert die eigengereide handeling van de mededader een aliud ('andere Tat') op. Zie over die thematiek paragraaf 5.8.

5.5 Vierde thema: sukzessive Mittäterschaft

5.5.1 Dolus subsequens en het benutten van de overschrijding van het Tatplan

Behalve bij de uitleg van het Tatplan als ‘bepaald’ of ‘onbepaald’, de toepassing van de Exzessregels en de benadering van gevallen waarin de mededader handelt in dwaling, is de figuur ‘sukzessive Mittäterschaft’ het vierde thema waarbij het ruime bereik van het Vorsatz van de Mittäter naar voren komt.³⁴³ In de rechtspraak wordt deze figuur ook toegepast op gevallen waarin Mittäter van meet af aan samenwerken, en de mededader een feitelijke delictshandeling verricht die het gezamenlijk Tatplan wezenlijk overschrijdt. Zijn handlanger kan dan met behulp van de figuur sukzessive Mittäterschaft aansprakelijk worden gesteld voor deze delictshandeling die het oorspronkelijk plan te buiten gaat. Die handeling wordt in dat geval aan de sukzessive Mittäter toegerekend, mede op basis van Vorsatz dat is totstandgekomen ná het verrichten daarvan (*dolus subsequens*).³⁴⁴

De beslissing van het BGH in de zaak *NStZ* 2008, 280³⁴⁵ biedt in dit verband een fraaie illustratie. Deze beslissing heeft in de literatuur veel kritiek ge oogst. De feiten:

De Mittäter en zijn mededader hebben het plan opgevat om de auto en de sleutels daarvan van het slachtoffer te stelen, omdat zij met die auto naar München willen rijden. Ter vergemakkelijking van die diefstal zullen ze het slachtoffer eerst neerslaan, zodat deze versuft of bewusteloos zal raken. De Mittäter zal het slachtoffer afleiden, de mededader zal het slachtoffer neerslaan. In plaats van volgens afspraak te slaan, trekt de mededader echter een mes, en steekt hij daarmee meerdere keren in op het slachtoffer. Geconfronteerd met het dodingsplan van zijn mededader probeert de Mittäter weg te lopen. Zijn mededader haalt de Mittäter daarop met behulp van bedreigingen over om hem te helpen het zwaargewonde slachtoffer in het struikgewas te verbergen. Vervolgens helpt de Mittäter zijn mededader daarmee, omdat hij de auto nodig heeft om in München te komen, hij geen geld heeft en hij blaren heeft op zijn voeten: hij ‘schob (...) seine Bedenken wegen des Zustehens durch [mededader] beiseite und entschloss sich, diesem zu helfen.’ Het slachtoffer sterft uiteindelijk als gevolg van de opgelopen verwondingen.

De mededader wordt door de feitenrechter veroordeeld: hij is Täter van Mord (§ 211 StGB). De Mittäter wordt onder meer veroordeeld voor Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB). Die veroordeling wordt voorgelegd aan het BGH. De grondregels rondom Mittäterschaft bij door het gevolg gekwalificeerde delicten zijn ook van toepassing op deze zaak: de Mittäter is enkel aansprakelijk voor Raub mit Todesfolge als hij ten minste Eventualvorsatz heeft ten aanzien van de feitelijke delictshandeling die de dood van het slachtoffer heeft veroorzaakt (de messteken), daarnaast moet hij zich ‘leichtfertig’ hebben verhouden tot de intrede van dat

343 Het thema ‘sukzessive Mittäterschaft’ is in paragraaf 3.5.2 beschreven. In die paragraaf werd dit thema benaderd met het oog op de Mittäter die zich aansluit bij een ander waarmee hij tot op dat moment niet samenwerkte.

344 Zie daarover al paragraaf 3.5.2.

345 BGH 18 december 2007, *NStZ* 2008, 280.

kwalificerend gevolg.³⁴⁶

De verrichte feitelijke delictshandeling oogt aanmerkelijk ernstiger en lijkt een groter levensgevaar in zich te bergen dan de bij Tatplan voorgenomen handeling (krachtig slaan).³⁴⁷ Vermoedelijk om die reden wordt de Exzessregel ‘gelijkwaardige afwijking’ niet aangewend.³⁴⁸ De feitelijke delictshandeling levert een wezenlijke overschrijding op van het *oorspronkelijke* Tatplan. Op basis van dat plan kunnen de messteken dus niet worden toegerekend aan de Mittäter, en is deze niet aansprakelijk voor de dodelijke afloop van de Raub. Nu de Raub mit Todesfolge nog niet ‘beendet’ was – het slachtoffer leefde nog – kan de omstandigheid dat de Mittäter zich aansluit bij die overschrijding van het Tatplan echter maken dat ook hij daarvoor aansprakelijk is, aldus het BGH:

‘Nicht jede Abweichung des tatsächlichen Geschehens von dem vereinbarten Tatplan beziehungsweise von den Vorstellungen des Mittäter begründet die Annahme eines Exzesses. Vielmehr liegt sukzessive Mittäterschaft vor, wenn jemand in Kenntnis und Billigung des bisher Geschehenen – auch wenn dieses in wesentlichen Punkten von dem ursprünglichen gemeinsamen Tatplan abweicht – in eine bereits begonnene Ausführungshandlung als Mittäter eintritt.’

Het BGH oordeelt dat er in dit geval sprake is van sukzessive Mittäterschaft. Voor dat oordeel lijken twee factoren doorslaggevend te zijn. In de eerste plaats hielp de Mittäter zijn mededader om het nog levende slachtoffer te verbergen. In de tweede plaats zette hij de samenwerking voort ten aanzien van de diefstal van de auto van het slachtoffer.³⁴⁹ De Mittäter heeft de messteken die het slachtoffer uitschakelden dus *benut* (‘ausgenutzt’) om de afgesproken roof te voltooien. Op basis van deze factoren, stelt het BGH, ‘hat sich sein Vorsatz *sukzessiv* auf die zum Tod führende Gewalthandlung des [mededader] erstreckt [cursivering, AP].’³⁵⁰ Daarmee kan die feitelijke delictshandeling voor rekening komen van de Mittäter. Daarbovenop is de Mittäter lichtfertg geweest ten aanzien van de dood van het slachtoffer, omdat hij hielp het slachtoffer te verbergen en hij de levensgevaarlijke messteken goedkeurde. Nu én de feitelijke delictshandeling kon worden toegerekend aan de Mittäter én de Mittäter lichtfertg is geweest

346 Zie paragraaf 3.4.2.3.

347 Vgl. de in paragraaf 5.3.4. genoemde zaak *NStZ-RR* 2006, 38: de verrichte ‘messnee’ werd als strafwaardiger vervullingswijze van Körperverletzung beoordeeld dan de bij Tatplan beoogde ‘vuistslag’.

348 Zie paragraaf 5.3.2.

349 Aldus Murmann 2008, p. 462.

350 Vanuit de literatuur wordt hier tegenin gebracht dat de feiten en omstandigheden waarop het BGH dit oordeel baseert – het helpen verbergen van het slachtoffer en het doorzetten van de diefstal van de auto – niet tot de conclusie kunnen voeren dat de Mittäter de dodingshandeling *billijete*: ‘Es ist nämlich ohne Weiteres möglich und sogar naheliegend, dass [de Mittäter] das Verhalten des [mededader] nicht billigte und dennoch die Früchte von dessen Verhalten auszunutzen bereit war (Murmann 2008, p. 462).’

ten aanzien van de intreding van het kwalificerend gevolg, was volgens het BGH sprake van sukzessive Mittäterschaft ten aanzien van Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB).

In de literatuur worden de pijlen gericht op twee elementen: het gebruik van ‘dolus subsequens’ enerzijds en de relevantie die het BGH lijkt toe te kennen aan het ‘benutten’ van de overschrijding van het oorspronkelijke Tatplan anderzijds.

Het voornaamste bezwaar dat in de literatuur wordt geuit tegen deze beslissing van het BGH is dat het Vorsatz van de Mittäter achteraf wordt ‘geprojecteerd’ op de feitelijke delictshandeling die al heeft plaatsgevonden (dolus subsequens).³⁵¹ Deze kritiek is dus gericht op het gebruik van *dolus subsequens*.³⁵² Het achteraf billijken van de messteken levert in de ogen van het BGH kennelijk met terugwerkende kracht Vorsatz op ten aanzien van de feitelijke delictshandeling; die handeling wordt aan de Mittäter toegerekend, omdat hij deze achteraf billijkt. Tegen deze redenering wordt ingebracht dat de feitelijke delictshandeling van de mededader moet worden ‘gedekt’ door een *voorafgaand* Tatplan, welk plan immers de handelingen begrenst die over en weer kunnen worden toegerekend aan de Mittäter.³⁵³ Het hebben van dit voorafgaande Vorsatz ten aanzien van de feitelijke delictshandeling wordt strafwaardiger geacht dan het achteraf billijken daarvan.³⁵⁴ De bezwaren die door deze schrijvers naar voren worden gebracht zijn in wezen een kritiek op de figuur sukzessive Mittäterschaft *in het algemeen*. Deze figuur maakt het immers mogelijk dat al gepleegde feitelijke delictshandelingen op basis van een nieuw³⁵⁵ of gewijzigd³⁵⁶ Tatplan worden toegerekend aan de later intredende Mittäter. Walter vat dat gedeelte kritiekpunt treffend samen: ‘Bei echter sukzessiver Mittäterschaft jedoch verkleistert das Zauberswort „Zurechnung“ den Mangel an Schuld. Ein nachträgliches Billigen

351 Zo Joecks 2011, § 25 Rn. 205 jo. 208; Murmann 2008, p. 462; Walter 2008, p. 553. Zie over de dolus subsequens ook paragraaf 3.5.2. Zie ook R Emmelink die de dolus subsequens – als in de hoofdttekst overgenomen – definieert als ‘het achteraf projecteren van opzet op een gedrag, dat al heeft plaatsgehad (R Emmelink 1996, p. 225)’.

352 Volgens Walter (Walter 2008, p. 553) stelt het BGH de Leichtfertigkeit met betrekking tot het kwalificerend gevolg op soortgelijke wijze vast (culpa gravis subsequens): het BGH ‘spricht dies ebenso knapp wie ungerührt aus: Dass dem später hinzutretenden [Mittäter] hinsichtlich des Todes des [slachtoffer] Leichtfertigkeit zur Last liege, bedürfe “aufgrund der Art des Messereinsatzes durch den [mededader] keiner näheren Ausführung“. Dit punt laat ik liggen.

353 Zie paragraaf 3.5.2. Zo ten aanzien van deze strafzaak Joecks 2011, § 25 Rn. 205 jo. 208; Walter 2008, p. 553; Murmann 2008, p. 462: ‘Ein voluntatives Vorsatzelement lässt sich so schon deshalb nicht begründen, weil sich ein “Wollen” den knotwendig auf Zukünftiges oder gerade Stattfindendes bezieht.’

354 Zo Murmann 2008, p. 462: ‘Denn der Vorsatz ist nicht lediglich eine moralisch verwerfliche Begleitmusik zu einem von ihm *unbeeinflussten* Geschehen, sondern er erhält seine Relevanz als Unrechtsbestandteil aus seiner Qualität als *steuerndes*, das Rechtsverhältnis zum Opfer gestaltendes Element. Diese Relevanz kann einem nachträglich gefassten Vorsatz ersichtlich nicht zukommen [cursiveringen, AP].’

355 Vgl. de standaardgevallen die zijn beschreven in paragraaf 3.5.2.

356 Daaronder vallen casus als in deze paragraaf beschreven.

oder Gutheißén mag verwerflich sein, ist aber etwas anderes als aktueller Vorsatz (...).³⁵⁷

Het tweede element dat voorwerp vormt van kritiek, is de betekenis die het BGH lijkt toe te kennen aan de omstandigheid dat de Mittäter de overschrijding van het oorspronkelijke Tatplan heeft *benut* (om de geplande roof te voltooien). Het oordeel in *NStZ* 2008, 280 staat namelijk niet op zichzelf. Ook de zaak *NStZ* 2010, 33³⁵⁸ doet vermoeden dat de omstandigheid dat de Mittäter al dan niet eigen voordeel trekt uit een overschrijding van het Tatplan, een relevante factor is voor de aanwezigheid van sukzessiver Mittäterschaft. In deze afpersingszaak – de Mittäter waren uit op het geld van het slachtoffer – werd het slachtoffer door de mededader gedood. Voor de vraag of zijn handlanger sukzessive Mittäter was ten aanzien van deze wezenlijke overschrijding van het gezamenlijk plan, wijst het BGH onder meer op een relevant verschil met de hierboven behandelde zaak. In tegenstelling tot in *NStZ* 2008, 280 ‘nutzte [Mittäter] die Tötung des Opfer auch nicht dazu aus, sich in den Besitz von Vermögenswerten zu bringen oder jedenfalls danach weiter zu suchen’, aldus het BGH. De Mittäter profiteerde dus niet van de overschrijding van het oorspronkelijke Tatplan. Joecks leest deze rechtspraak zo dat het bedoelde al dan niet ‘benutten’ voor het BGH een betekenisvolle factor is voor sukzessive Mittäterschaft.³⁵⁹ Volgens de schrijver mag die omstandigheid echter geen rol spelen bij de vraag of hij een sukzessive Mittäter is: ‘Offenbar [de schrijver verwijst naar deze zaak, AP] kommt es also darauf an, ob jemand (...) die Situation ausnutzt, um sich einen Vorteil zu verschaffen. Mit Mittäterschaft hat dies aber wenig zu tun.’³⁶⁰

5.5.2 Besluit

De figuur sukzessive Mittäterschaft verruimt het bereik van de aansprakelijkheid van de Mittäter; ook feitelijke delictshandelingen van de mededader die het Tatplan wezenlijk overschrijden, kunnen aan de Mittäter worden toegerekend ingeval laatstgenoemde die handeling billijkt (*dolus subsequens*) en hij eigen voordeel trekt uit die handeling.

De toepassing van deze figuur wordt in de heersende leer verworpen. Tegen het gebruik van *dolus subsequens* wordt aangevoerd dat ‘goedkeuring achteraf’ minder strafwaardig is dan ‘voorafgaand opzet’. Het genoegen nemen met *dolus subsequens* als invulling van het vereiste Vorsatz, druist in tegen een van de fundamenteën van Mittäterschaft, te weten de aanwezigheid van een voorafgaand Tatplan dat de over en weer toerekenbare handelingen begrenst. Het tweede element dat het BGH van betekenis lijkt te achten voor sukzessive

357 Walter 2008, p. 553.

358 BGH 16 september 2009, *NStZ* 2010, 33.

359 Zo Joecks 2011, § 25 Rn. 206. Joecks geeft geen (mogelijke) verklaring waarom dit voor het BGH belangrijk is. Wellicht houdt de zienswijze van het BGH verband met de betekenis die het BGH toekent aan de ‘Tatinteresse’ (het belang dat de Mittäter heeft bij het verwezenlijken van het delict). De Tatinteresse bleek immers een van de factoren te zijn aan de hand waarvan het BGH bepaalt of het rechtssubject het voor Mittäterschaft vereiste ‘Täterwillen’ heeft. Zie daarvoor paragraaf 2.3.

360 Joecks 2011, § 25 Rn. 206.

Mittäterschaft – het al dan niet profiteren van de overschrijding van het Tatplan – wordt gewaardeerd als een irrelevante omstandigheid voor de vaststelling van Mittäterschaft.

Het BGH blijkt niet doof te zijn voor deze in de literatuur geuite bezwaren. In de zaak *HRRS* 2010, 790³⁶¹, naar aanleiding van een veroordeling voor Raub mit Todesfolge, overweegt het BGH: *‘Es bestehen Bedenken, ob dem [Mittäter] das vorsätzliche Erschießen der Opfer [1] und [2] durch den [mededader], der nach dem gemeinsamen Tatplan die geladene Selbstladepistole lediglich zur Drohung verwenden sollte, über die Grundsätze der „sukzessiven Mittäterschaft“ deshalb zugerechnet werden kann, weil er sich nach der von ihm erkannten Tötung weiter an der Durchführung des Raubüberfalls beteiligte. Gegen die Rechtsprechung, die dies bejaht (vgl. BGH NStZ 2008, 280), werden von der Literatur Einwendungen von Gewicht erhoben [cursiveringen, AP]’*. In deze zaak geeft het BGH geen antwoord op deze rechtsvraag, omdat de veroordeling wegens Raub mit Todesfolge kon worden gegrond op andere feiten en omstandigheden.³⁶² De overweging voedt wel de onzekerheid over de status en reikwijdte van de figuur sukzessive Mittäterschaft.

5.6 Tussenbalans: het ruime bereik van het Vorsatz van de Mittäter

Net als bij de Täter staat ook de voorstelling die de Mittäter zich heeft gemaakt van de uitvoering van het Tatplan, aan de basis van zijn Vorsatz. Dat Vorsatz kent in het geldende recht echter ook een toerekeningscomponent. In de vorige subparagrafen heb ik geprobeerd die component in kaart te brengen.

Die toerekeningscomponent lijkt in de eerste plaats naar voren te komen bij de *waardering van het Tatplan als ‘bepaald’ of ‘onbepaald’*. Allereerst lijkt het BGH hoge eisen te stellen aan een ‘bepaald’ Tatplan. Bij gebreke van een risicobeperkende afspraak lijkt het plan al snel te worden aangemerkt als ‘onbepaald’ ten aanzien van het uitvoeringsaspect waaraan de niet-voorgestelde feitelijke delictshandeling invulling geeft. Bij die waardering spelen de omstandigheden van het geval een rol, waaronder de omstandigheid dat de betreffende handeling ‘te verwachten’ was. Het gevaar bestaat dat uit de omstandigheid dat een handeling te verwachten was, wordt geconcludeerd dat die handeling *daarmee* een uitvoeringshandeling is van een op dat punt onbepaald Tatplan, en niet een eigenmachtige handeling van de mededader die zich als een aliud verhoudt tot dat gezamenlijk plan. Datzelfde gevaar wordt in de literatuur gesignaleerd in geval van Gleichgültigkeit: dat een Tatplan nauwelijks is afgebakend, betekent niet dat elke handeling van de mededader waartoe de Mittäter zich onverschillig verhoudt, zonder meer door dat plan wordt omvat.

³⁶¹ BGH 22 juli 2010, *HRRS* 2010, 790.

³⁶² De mededader doodge, nadat de Mittäter had kennisgenomen van het neerschieten van slachtoffer [1] en [2], nog vijf slachtoffers. Ten aanzien van die slachtoffers kon het Eventualvorsatz van de Mittäter met betrekking tot de feitelijke delictshandelingen, en zijn Leichtfertigkeit ten aanzien van het dodelijke gevolg daarvan, eenvoudig worden vastgesteld (Mittäterschaft ten aanzien van Raub mit Todesfolge).

De toerekeningscomponent van het Vorsatz van de Mittäter komt ook naar voren in de drie toerekeningscriteria (*Exzessregeln*), aan de hand waarvan een afwijking als ‘niet-wezenlijk’ wordt bestempeld. Dat het Vorsatz feitelijke delictshandelingen omvat die in ernst en gevaarlijkheid gelijkwaardig zijn aan de voorstellingen die de Mittäter zich daarvan heeft gemaakt, wordt vanuit de literatuur instemmend beoordeeld. Kritiek is er wel op het tweede toerekeningscriterium, dat het mogelijk maakt om te verwachten afwijkingen toe te rekenen aan het Vorsatz van de Mittäter. De kern van die kritiek is dat het Vorsatz niet mag worden verruimd tot wezenlijke overschrijdingen van het Tatplan, aan de hand van een op culpa toegesneden maatstaf. De Gleichgültigkeit stuit op verzet in zoverre deze invulling van Vorsatz wordt toegepast op de feitelijke delictshandeling van de mededader; in dat geval kan de Mittäter al aansprakelijk zijn voor die handeling als het voortzetten van de samenwerking hem enkel onverschillig is.

In de derde plaats toont de toerekeningscomponent zich in de toerekening van de *dwaling van de mededader* (error in persona) aan de Mittäter. Die toerekening stoelt op een gelijkstelling van Täter en Mittäter: een dwaling die irrelevant is voor het Vorsatz van de Täter, moet ook betekenisloos zijn voor het Vorsatz van de Mittäter. Veel schrijvers nemen echter een genuanceerder standpunt in. Het aansprekende van de benadering van Weisser is dat zij de eigenheid van Mittäterschaft een plaats geeft bij dit vraagstuk; in geval van de Mittäter gaat het primair om de wijze waarop de feitelijke delictshandeling zich verhoudt tot het Tatplan, niet om de verhouding tussen handeling en delictsomschrijving (zoals bij de Täter).

Ten slotte komt het ruime bereik van Vorsatz tot uitdrukking in de figuur *sukzessive Mittäterschaft*. Die figuur maakt het mogelijk dat een Mittäter aansprakelijk wordt gehouden voor een wezenlijke overschrijding van het Tatplan; zijn goedkeuring van die overschrijding wordt door het BGH gelijkgesteld aan een daarop betrokken Vorsatz. Daarbij lijkt het BGH voor sukzessive Mittäterschaft van belang te achten dat de Mittäter profiteert van de handeling die het Tatplan te buiten gaat. De kritiek vanuit de literatuur is dat het BGH in feite ‘dolus subsequens’ genoeg acht voor Vorsatz. Die invulling wordt verworpen, omdat deze indruist tegen de aansprakelijkheidsbegrenzende functie van het aan de feitelijke delictshandeling *voorafgaande* Tatplan.

5.7 Fahrlässige veroorzaking in het kader van § 227 StGB

5.7.1 Inleiding

Hiervoor is gebleken dat het BGH bij door het gevolg gekwalificeerde delicten, conform de heersende leer, onderscheid maakt tussen de vraag naar de toerekening van enerzijds de feitelijke delictshandeling (Handlungszurechnung) en anderzijds het kwalificerend gevolg (Erfolgsszurechnung); in het kader van de Handlungszurechnung is Eventualvorsatz vereist ten aanzien van de feitelijke delictshandeling, voor de daaropvolgende Erfolgsszurechnung volstaat een vorm

van culpa.³⁶³ In deze benadering is dus beslissend of de *feitelijke delictshandeling* wordt omvat door het Tatplan. Ingeval die handeling dat plan wezenlijk overschrijdt (Exzess), dan is de Mittäter niet aansprakelijk voor het door die handeling veroorzaakte kwalificerend gevolg. De Mittäter kan in een dergelijke casuspositie enkel aansprakelijk worden gehouden voor het grondfeit.³⁶⁴

In een aantal zaken – die betrekking hebben op Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) – heeft het BGH deze traditionele benadering echter verlaten.³⁶⁵ Het onderscheidende kenmerk van deze rechtspraak is dat de feitelijke delictshandeling wordt aangemerkt als een wezenlijke overschrijding van het Tatplan (Exzess), maar de Mittäter toch aansprakelijk wordt gehouden voor het daardoor veroorzaakte kwalificerend gevolg. Drie casus die in deze categorie jurisprudentie vallen, worden kort beschreven.

5.7.2 Rechtspraak

Een familieruzie ligt aan de basis van de beslissing van het BGH in NStZ 2004, 684 (Butterflymesserfall):³⁶⁶

De Mittäter (vader) ligt al langer in de clinch met zijn zwager, het latere slachtoffer. Deze Mittäter windt zich op over een nieuw incident dat zich heeft voorgedaan. Zijn zonen M (mededader) en D.J. (Beihilfe: deze D.J. laat ik buiten beschouwing) slaan hem daarbij gade. De Mittäter besluit naar het huis van zijn zwager te gaan om deze ‘zur Rede zu stellen’, zo stelt de feitenrechter vast. Zijn zonen vergezellen hun vader, omdat zij vermoeden dat de situatie mogelijk zal escaleren; zij beseffen dat hun vader is beneveld en dat hun oom ‘Konfrontationsbereit’ is. De feitenrechter stelt later vast dat de Mittäter op dat moment rekening houdt met de omstandigheid dat de mededader zoals gebruikelijk een vlindermes bij zich zal dragen. Oog in oog met zijn zwager probeert de Mittäter deze met een hakmes te verwonden. Daarop verzet de zwager zich. Dat ziende, treedt de mededader plotseling naar voren en steekt zijn oom dood met het vlindermes.

De feitenrechter overweegt dat deze dodelijke messteken een wezenlijke overschrijding opleveren van het Tatplan (Exzess). Het dodelijk gevolg wordt alleen de mededader in rekening gebracht: hij is Täter van Totschlag. De Mittäter, de initiator van de confrontatie, wordt enkel aansprakelijk gehouden voor het begaan van gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB), niet voor de dodelijke afloop daarvan.³⁶⁷ Dit oordeel is in lijn met de tot dan toe heersende jurisprudentie. De mededader (Täter van Totschlag) wordt veroordeeld tot een vrijheidsbeneming van negen jaren, de Mittäter (initiator, maar niet aansprakelijk voor het kwalificerend gevolg) wordt veroordeeld tot ‘slechts’ drie jaren en zes maanden vrijheidsbeneming.

³⁶³ Zie paragraaf 3.4.2.3.

³⁶⁴ Zie de in paragraaf 5.3.4 besproken zaak NStZ-RR 2006, 38.

³⁶⁵ Voor Mittäterschaft ten aanzien van Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) lijkt de traditionele benadering in alle gevallen te worden gevolgd. Zo Rengier 2011b, p. 490.

³⁶⁶ BGH 23 juni 2004, NStZ 2004, 684.

³⁶⁷ Daarnaast wordt hij veroordeeld voor het deelnemen aan een Schlägerei (§ 231 StGB). Het gaat mij echter om de vraag of de Mittäter aansprakelijk is voor de dodelijke afloop van de Körperverletzung (§ 227 StGB).

Het BGH stelt vast dat de feitenrechter de messteken van de mededader ‘rechtsfehlerfrei’ heeft aangemerkt als een Exzess. Volgens het BGH heeft het feit dat die messteken een Exzess opleveren echter niet als consequentie dat de Mittäter noodzakelijkerwijs aansprakelijk is voor slechts gefährliche Körperverletzung (grondfeit). De feitenrechter had acht moeten slaan op de omstandigheid dat bij een confrontatie, gelet op de opgewonden gemoedstoestand van de Mittäter zelf en de vermoede reactie van het slachtoffer, een *geweldsescalatie* al lag besloten in het aanvankelijke Tatplan. Gelet op het feit dat de Mittäter er op zijn minst rekening mee hield dat zijn mededader het vlindermes bij zich zou dragen en gelet op de ‘emotional massiv aufgeheizten Tatsituation’, waren de dodelijke messteken ‘*vorhersehbar*’.³⁶⁸ De Mittäter is daarmee in de ogen van het BGH strafbaar voor Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), ook al levert de feitelijke delictshandeling een wezenlijke overschrijding op van het Tatplan.

Ook in de gruwelijke zaak NStZ 2005, 93 (Schweinetrogfall)³⁶⁹ wordt de Mittäter aansprakelijk gehouden voor Körperverletzung mit Todesfolge, terwijl de feitelijke delictshandeling het Tatplan wezenlijk overschrijdt.

Het slachtoffer wordt in deze zaak al de gehele avond in en rond een kroeg mishandeld en vernederd door M.Sch en F (beide Mittäter) en M.S. (de mededader: hij verricht de dodingshandeling). Diezelfde nacht vergezellen de drie het slachtoffer op weg naar huis. Het slachtoffer wordt op een gegeven moment door de drie gedwongen om een verlaten landweg op te rijden, en een daaraan gelegen varkensstal te betreden. Op die plaats worden de mishandelingen van het slachtoffer voortgezet. Geïnspireerd door een film, dwingt de mededader het slachtoffer tot tweemaal toe te bijten op de rand van een varkensstrog. Wanneer het slachtoffer voor de tweede keer daarop zijn tanden zet, springt de mededader met dodingsopzet op het hoofd van het slachtoffer.

De feitenrechter stelt later vast dat beide Mittäter mogelijkwerwijs niet hadden gerekend op die dodelijke sprong. M.Sch en de mededader betwijfelen of het slachtoffer is overleden. Met de bedoeling te doden slaan zij daarom met een zware steen op het hoofd van dat slachtoffer – zowel de feitenrechter als het BGH lijken er vanuit te gaan dat het slachtoffer al is overleden *voordat* met die steen werd geslagen – en zij verbergen het lijk. De andere Mittäter, F, verkeert in een shock sinds de fatale sprong van zijn mededader. Hij heeft zich sindsdien afzijdig gehouden. De feitenrechter acht beide Mittäter *wel* aansprakelijk voor gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB), maar *niet* voor het kwalificerend gevolg daarvan (§ 227 StGB). De sprong van de mededader op het hoofd van het slachtoffer merkt de feitenrechter aan als een wezenlijke overschrijding van het Tatplan (Exzess).

368 Het BGH overweegt: ‘Dass es hierzu kommen könnte, war für [de Mittäter en de Beihilfe], die von [de mededaders] Bewaffnung wussten oder mindestens damit rechneten, weil sie üblich war, namentlich angesichts der emotional massiv aufgeheizten Tatsituation vorhersehbar.’ In deze overweging wordt de voorzienbaarheid van de feitelijke delictshandeling *niet* gebruikt als een aanwijzing dat het Tatplan *onbepaald* was ten aanzien van de geweldsgradatie (zie voor deze thematiek paragraaf 5.3.4). Het BGH borduurt immers voort op de ‘rechtsfehlerfrei’ getroffen vaststelling van de feitenrechter, dat de messteken *wezenlijk afwijken* (Exzess) van het Tatplan.

369 BGH 19 augustus 2004, NStZ 2005, 93.

Het BGH overweegt dat de Mittäter en hun mededader het gezamenlijk doel hadden om het slachtoffer te vernederen en kwellen. De zaak wordt vervolgens op soortgelijke wijze afgedaan als het Butterflymesserfall. Allereerst stelt het BGH dat de feitelijke delictshandeling door de feitenrechter ‘rechtsfehlerfrei’ mocht worden beschouwd als een ‘Exzess’.³⁷⁰ Verder is, gelijk het Butterflymesserfall, van betekenis dat die feitelijke delictshandeling ‘voorzienbaar’ was en dat er sprake is geweest van een situatie met sterk emotionele spanningen: ‘So massiv diese Intensivierung der Gewalt durch den Mittäter auch war, so war die doch als weitere fortgesetzte Gewalthandlung gewollt und angesichts der emotional stark aufgeheizten Tatsituation und der vorangegangenen sich steigernden, entwürdigenden und verletzenden Behandlung des Opfers für [de Mittäter] auch in ihrer tödlichen Wirkung vorhersehbar.’³⁷¹ Beide Mittäter (M.Sch en F) zijn volgens het BGH uit hoofde van § 227 StGB aansprakelijk voor het dodelijk gevolg. Ook deze beslissing wordt in de literatuur zo begrepen dat de Mittäter aansprakelijk is voor het kwalificerend gevolg, terwijl de feitelijke delictshandeling niet wordt omvat door zijn Vorsatz.³⁷²

In zowel het Butterflymesser- als het Schweinetrogfall oordeelt het BGH dat de *feitelijke delictshandeling* voorzienbaar was voor de Mittäter. Maar zelfs dat is geen noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid voor het kwalificerend gevolg, zo volgt uit NStZ-RR 2009, 309.³⁷³

Twee Mittäter en een mededader hadden het Tatplan om het slachtoffer met schoppen en slagen ‘zu attackieren’. Een van de Mittäter zit in de auto waarin zij naar het plaats delict zijn gegaan. In die auto liggen ook honkbalknuppels. De andere Mittäter en de mededader slaan conform het plan in op het slachtoffer. Laatstgenoemde slat daarop op de vlucht. De mededader achterhaalt het slachtoffer. De Mittäter weten *niet* dat de mededader een mes bij zich draagt. Met dat mes steekt de mededader tweemaal in op het slachtoffer. Die verwondingen zijn het slachtoffer fataal geworden, zo stelt de feitenrechter later vast. De Mittäter hebben niets gemerkt van het toebrengen van de messteken noch van de daardoor veroorzaakte verwondingen. Na die steken, slaan zij in op het nog levende slachtoffer; de ene met de vuist, de andere slaat meerdere keren met een honkbalknuppel tegen het been van het slachtoffer.

De feitenrechter spreekt de Mittäter vrij van een ‘vorsätzlichen Tötungsdelikt’. Daarbij worden geen woorden gewijd aan de vraag of beide Mittäter mogelijkerwijs wél aansprakelijk zijn voor het gezamenlijk begaan van Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB).

370 Het Tatplan – het vernederen en kwellen van het slachtoffer – mocht kennelijk worden begrepen als *niet* te zijn gericht op de dood van het slachtoffer, anders zou de dodingshandeling geen wezenlijke overschrijding opleveren van dat plan.

371 De overweging van het BGH blinkt niet uit in helderheid. Zo mag de handeling worden aangemerkt als een ‘Exzess’, maar is zij tegelijkertijd ‘gewollt’. Dat is een innerlijke tegenspraak. Zo Stuckenberg 2007, p. 707.

372 Zo Rengier 2011b, p. 494; Paeffgen 2010, § 227 Rn. 31a; Stuckenberg 2007, p. 708 jo. 694–695, 706–707; Heinrich 2005, p. 96.

373 BGH 10 juni 2009, NStZ-RR 2009, 309.

Uit de overwegingen van het BGH lijkt naar voren te komen dat het BGH geen bezwaar zou hebben gehad tegen een veroordeling van de Mittäter voor Körperverletzung mit Todesfolge. Zo overweegt het BGH dat het voor de hand ligt dat de aanwezigheid van hen en de ‘tätliche Unterstützung’ de ‘zum Tötungsvorsatz steigernden Angriffswillen’ van de mededader ‘bestärkt’ heeft. De feitenrechter had in verband daarmee moeten nagaan ‘ob damit bereits in den Gewalthandlungen, die den Messerstichen vorangingen, die *spezifische Gefahr einer Eskalation mit tödlichem Ausgang angelegt war und ob die* [beide Mittäter] *dies hätten vorhersehen können* [cursivering, AP]’. Dat gevaar lijkt aanwezig te zijn geweest, aldus het BGH, gelet op de aanwezigheid van de honkbalknuppels en het gebruik daarvan na de dodelijke messteken. Irrelevant is dat de Mittäter niet wisten van de aanwezigheid van een mes, en dat die messteken voor hen niet voorzienbaar zijn geweest. Volgens het BGH hoeft die voorzienbaarheid enkel betrekking te hebben op het *dodelijk gevolg*: ‘Der hinsichtlich der qualifizierenden Tatfolge erforderlichen Vorhersehbarkeit steht dabei nicht entgegen, dass die [Mittäter] nichts von dem Mitführen eines Messers gewusst hatten. Denn es reicht für die Erfüllung der subjektiven Fahrlässigkeitskomponente aus, wenn der Täter die *Möglichkeit des Todeserfolgs im Ergebnis hätte voraussehen können*. Einer Voraussehbarkeit aller Einzelheiten des zum Tode führenden Geschehensablaufs bedarf es nicht [cursivering, AP].’ Het BGH wijst de zaak terug naar de feitenrechter.

In het Butterflymesser-, het Schweinetrogfall en in *NStZ-RR* 2009, 309 werd de feitelijke delictshandeling telkens niet omvat door het *Vorsatz* van de Mittäter. In laatstgenoemde casus was die handeling zelfs niet voorzienbaar. Uit die zaak blijkt dat al sprake kan zijn van Mittäterschaft ten aanzien van Körperverletzung mit Todesfolge wanneer in de eerste plaats het *risico op een dodelijke escalatie* ligt besloten in de uitvoering van het Tatplan, terwijl het dodelijk gevolg in de tweede plaats voor de Mittäter *voorzienbaar* is geweest. De hamvraag waarover verschillende schrijvers zich hebben gebogen, is hoe deze jurisprudentie in dogmatische termen moet worden begrepen, nu enerzijds het Mittäterschaft ten aanzien van het grondfeit de aansprakelijkheidsgrondslag is, terwijl anderzijds een van de grondbeginselen daarvan – de feitelijke delictshandeling die het kwalificerend gevolg veroorzaakt, moet worden omvat door het *Vorsatz* van de Mittäter – met voeten wordt getreden.

5.7.3 Het ‘gruppenspezifische Eskalationsrisiko’

In de literatuur lijkt eenstemmig te worden geoordeeld dat deze rechtspraak de opzeteis verlaagt, omdat de Mittäter aansprakelijk wordt gehouden terwijl de feitelijke delictshandeling die dat gevolg veroorzaakt niet wordt omvat door diens *Vorsatz*.³⁷⁴ Daaruit wordt de conclusie getrokken dat deze jurisprudentie onverenigbaar is met de dogmatiek over Mittäterschaft ten aanzien van een door het gevolg gekwalificeerd delict: als de feitelijke Körperverletzungshandlung het

374 In die zin Paefgen 2010, § 227 Rn. 31a; Rengier 2011b, p. 494; Stuckenberg 2007, p. 708; Sowada 2006, p. 628.

Tatplan wezenlijk overschrijdt, dan mag die handeling niet worden toegerekend aan de Mittäter, en is deze dus niet aansprakelijk voor het kwalificerend gevolg.³⁷⁵ Stuckenberg meent dat de aansprakelijkheid van de Mittäter dan ook niet berust op die toerekeningsconstructie.³⁷⁶ De grondslag voor die aansprakelijkheid is in feite dat de Mittäter zelf dat kwalificerend gevolg fahrlässig heeft veroorzaakt: diens *eigen* handelingen zijn de *middellijke* oorzaak van de *voorzienbare* dood van het slachtoffer.³⁷⁷ Er is sprake van ‘middellijke veroorzaking’ als deze eigen (gewelds)handelingen de mededader hebben gesterkt in of aangezet tot het nemen van het besluit om het slachtoffer te doden (‘psychische Kausalität’), terwijl de daaropvolgende dodingshandeling de dood van het slachtoffer onmiddellijk veroorzaakt.³⁷⁸ Met deze jurisprudentiële koers wordt het probleemveld van de ‘fahrlässigen Verursachung fremder Vorsatztat’ betreden.³⁷⁹

In dat verband zijn twee aspecten van belang. Het eerste is dat voor die culpoze veroorzaking van andermans levensdelict is vereist dat de ‘fahrlässige veroorzaker’ een *culpoos verwijt* kan worden gemaakt van de *dood* van het slachtoffer. Dat verwijt kan worden gemaakt wanneer de ‘fahrlässige veroorzaker’ a) een ongeoorloofd risico heeft geschapen, b) de dood van het slachtoffer een verwezenlijking is van dát risico en c) die dood voor hem voorzienbaar is geweest.³⁸⁰ Dit culpoze verwijt kan aan de Mittäter worden gemaakt als hij het risico heeft geschapen dat de uitvoering van het Tatplan zou escaleren in een dodelijke afloop (voorwaarden a) en b)) en die dodelijke afloop voor hem voorzienbaar is geweest (voorwaarde c): ‘War die Realisierung des objektiven Eskalationsrisikos auch subjektiv vorhersehbar (...), so ist fahrlässige Beteiligung (...) an der Vorsatztat begründbar.’³⁸¹ Indien men aan de hand van deze voorwaarden aanneemt dat sprake is van culpa ten aanzien van de dood van het slachtoffer, dan levert dit dood door schuld op (§ 222 StGB).³⁸²

375 Vgl. Rengier 2011b, p. 494: ‘Von einem solchen Blickwinkel aus fehlt das Mittäterschaftliche Band, welches das Grunddelikt und den qualifizierenden Teil zu einer Mitätereinheit verbindet.’

376 Zo Stuckenberg 2007, p. 708: ‘Genau besehen hat der Senat mit seiner Begründung die Mittäterschaftsdogmatik verlassen, weil es auf die Mittäterschaftliche Zurechnung fremden Verhaltens nicht mehr ankommt.’

377 Zo Stuckenberg 2007, p. 708–711. De schrijver baseert zich enkel op het Butterflymesser- en Schweinetrogfall. Nadien is de beslissing *NSiZ-RR* 2009, 309 geweest. Ook deze beslissing strookt met Stuckenbergs analyse.

378 Aldus Stuckenberg 2007, p. 708: ‘In beiden Fällen [Butterflymesser- en Schweinetrogfall, AP] waren diese Verletzungen aber nicht einmal lebensgefährlich und können nur im Wege psychischer Kausalität Todesursache sein, indem sie zum Tötungsentschluß eines Mittäters beitrugen. Sie schufen Tatsituationen von großer emotionaler Spannung und enthemmter eskalierende Brutalität, aufgrund derer sich ein Mittäter zu extremen Mitteln entschloß.’ Stuckenbergs analyse komt bijna woordelijk naar voren in *NSiZ-RR* 2009, 309, in welke zaak het BGH enerzijds wijst op de kwestie dat de handelingen van de Mittäter de mededader hebben gesterkt in zijn ‘zum Tötungsvorsatz steigenden Angriffswillen’, en hij anderzijds opmerkt dat de voorzienbaarheid van het dodelijke gevolg volstaat.

379 In die zin Stuckenberg 2007, p. 709.

380 Zie Roxin 2006a, § 11 Rn. 69 jo. § 24 Rn. 10. Zie voor de voorzienbaarheidseis Stuckenberg 2007, p. 710.

381 Zie Stuckenberg 2007, p. 710.

382 De delictomschrijving van ‘fahrlässige Tötung’ luidt: ‘Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines

Het tweede aspect van de ‘fahrlässigen Verursachung fremder Vorsatztat’ houdt verband met de aansprakelijkheid voor een door het gevolg gekwalificeerd delict. Bij deze categorie delicten is vereist dat een *tatbestandspezifische Gefährdusammenhang* bestaat tussen de uitvoering van het grondfeit (Körperverletzung) en de intreding van de dood van het slachtoffer (kwalificerend gevolg). Dat specifieke gevaar is in ieder geval aanwezig als het risico op een dodelijke afloop kleeft aan de feitelijke Körperverletzungshandlung die de dood onmiddellijk veroorzaakt, zo bleek in paragraaf 3.4.2.2. Die handeling wordt echter in de hierboven beschreven rechtspraak niet omvat door het Tatplan, en deze kan om die reden niet dienen als aanknopingspunt. Het specifieke gevaar moet dus worden gezocht in iets anders. Volgens Stuckenberg zou dat gevaar kunnen worden gevonden in het *collectieve karakter* van Mittäterschaft.³⁸³ Aan deze aansprakelijkheidsgrond zou een ‘gruppenspezifische Eskalationsrisiko’ kleven:

‘Dieses gruppenspezifische Eskalationsrisiko betrifft nicht nur den Körperverletzungstatbestand (...). Wie bei den erfolgsqualifizierten gemeingefährlichen Delikten und Freiheitsdelikten geht es hier um Risikoverläufe, die, einmal angestoßen, typischerweise kaum mehr beherrschbar sind. Resultiert die Eskalation im Tod des Opfers, so hat sich ein der *gemeinschaftlichen* Körperverletzung eigentümliches Risiko verwirklicht.’³⁸⁴

Het is dit risico op een dodelijke escalatie dat het BGH in *NStZ-RR* 2009, 309 expliciet aangrijpt om te onderbouwen dat de dood van het slachtoffer een specifiek gevaar is geweest dat besloten lag in de gezamenlijk begane Körperverletzungen.³⁸⁵ Er wordt verschillend gedacht over de vraag of het risico op een dodelijke escalatie *in abstracto* kleeft aan het in Mittäterschaft begaan van Körperverletzung, of dat dit gevaar *in concreto* moet blijken. De eerste zienswijze wordt wel verdedigd in de literatuur: ieder geval waarin een geweldsdelict in Mittäterschaft wordt begaan, schept een specifiek gevaar op een dodelijke escalatie.³⁸⁶ Met andere woorden: Mittäterschaft kent in deze gevallen een inherent risico met betrekking tot de dood van het slachtoffer. Stuckenberg stelt terecht dat de vereiste tatbestandspezifische Gefährdusammenhang in deze opvatting geen aansprakelijkheidsbeperkende werking heeft.³⁸⁷ De schrijver zou de eis gesteld willen zien dat op basis van de gemeenschappelijke geweldshandelingen

Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.’

383 Stuckenberg baseert zich mede op bevindingen uit de sociale psychologie, waaruit zou blijken dat groepsgedrag leidt tot deïndividueatie – de groepsidentiteit domineert de individuele identiteit – ‘die zu größere Enthemmung, Verstärkung antinormativen Verhaltens und Steigerung der Aggression führt (Stuckenberg 2007, p. 711)’.

384 Stuckenberg 2007, p. 711-712.

385 Het BGH overweegt immers: ‘(...) ob damit bereits in den Gewalthandlungen, die den Messerstichen [de feitelijke delictshandelingen van de mededader, AP] vorangingen, die spezifische Gefahr einer Eskalation mit tödlichem Ausgang angelegt war (...)’.

386 In die zin Feilcke 2001, p. 96 jo. 94.

387 Zie Stuckenberg 2007, p. 712-713. Gelijk de opvatting van Stuckenberg: Paefßen 2010, § 227 Rn. 31a.

in concreto – dat zijn alle geweldshandelingen die worden omvat door het Tatplan – ‘eine fatale Eskalation sich aufdrängt’.³⁸⁸ Ook het BGH lijkt, getuige de overwegingen in *NStZ-RR* 2009, 309, het risico op een dodelijke escalatie te willen zoeken in de *concrete* vervullingswijze van *Körperverletzung*; het BGH toetste immers of het ‘spezifische Gefahr einer Eskalation mit tödlichem Ausgang’ in het leven werd geroepen door de geweldshandelingen die voorafgingen aan de dodelijke messteken. Die handelingen werden omvat door het Tatplan.

5.7.4 Besluit

De in paragraaf 5.7.1 tot en met 5.7.3 besproken jurisprudentie laat zien dat de Mittäter onder voorwaarden aansprakelijk is voor een kwalificerend gevolg, ook als de feitelijke delictshandeling van de mededader het Tatplan wezenlijk overschrijdt (Exzess). Deze verruiming van de aansprakelijkheid van de Mittäter is in het geldende recht tot op heden beperkt tot het delict *Körperverletzung* mit Todesfolge, zo wordt aangenomen in de literatuur.³⁸⁹ Het is maar de vraag of die analyse juist is.³⁹⁰ In de heersende opvatting wordt deze verruiming binnen het kader van Mittäterschaft afgewezen: als de feitelijke delictshandeling van *Körperverletzung* niet door het Tatplan wordt omvat, dan mag het door diezelfde handeling veroorzaakte gevolg evenmin voor rekening komen van de Mittäter. De literatuur is verdeeld over de vraag of de Mittäter al dan niet op basis van een *andere* aansprakelijkheidsgrondslag verantwoordelijk is voor de intrede van het kwalificerend gevolg. De meest voor de hand liggende grondslag is dat de Mittäter in feite wordt verweten dat hij culpoos heeft deelgenomen aan de Totschlag of Mord van zijn mededader.

Deze door Stuckenberg naar voren gebrachte interpretatie van de rechtspraak legt een ander puzzelstuk op tafel. Wil de Mittäter aansprakelijk kunnen worden

388 Stuckenberg 2007, p. 713. Daarmee stelt Stuckenberg in feite de eis van ‘Leichtfertigkeit’ – hetgeen de schrijver ook expliciet aangeeft – ten aanzien van het kwalificerende gevolg, omdat de *Körperverletzung* in zijn benadering op een gevaarlijke wijze moet zijn uitgevoerd (vgl. paragraaf 3.4.2.2).

389 Hiervoor is in dat verband verwezen naar Rengier 2011b, p. 490.

390 De beslissing van het BGH in *NStZ* 2010, 33 – ten aanzien van het delict räuberische Erpressung mit Todesfolge (§ 255 jo. 251 StGB) – biedt grond voor het vermoeden dat deze verruiming een breder toepassingsbereik heeft. Die beslissing is eerder aan de orde gekomen in paragraaf 5.5.1. In deze zaak draaide het om de vraag of sprake was van suksessive Mittäterschaft ten aanzien van een feitelijke delictshandeling die het aanvankelijke Tatplan wezenlijk overschreed. De feitenrechter had suksessive Mittäterschaft vastgesteld, op basis van de vaststelling dat de Mittäter en zijn mededader de plaats delict verlieten. Het BGH overwoog met oog daarop dat ‘allein hieraus kann aber (...) nicht geschlossen werden, dass der [Mittäter] die weitere Gewaltausübung [bedoelde feitelijke delictshandeling, AP] durch den [mededader] gebilligt oder *jedenfalls leichtfertig gefahrerhöhend hierzu beigetragen hat* [cursivering, AP]’. Het ‘leichtfertig gefahrerhöhend beitragen’ lijkt het BGH te presenteren als een alternatief voor het achteraf ‘billigen’ van dat geweld. Zo begrepen is in het kader van räuberische Erpressung mit Todesfolge evenmin vereist dat de feitelijke delictshandeling wordt omvat door het Tatplan; dat kwalificerend gevolg kan ook voor rekening komen van de Mittäter als hij ‘leichtfertig gefahrerhöhend beigetragen’ heeft aan de uiteindelijke verrichting van de feitelijke delictshandeling. Dat lijkt sterk op de beslissing van het BGH in *NStZ-RR* 2009, 309 (het ‘sterken’ van de mededader ten aanzien van diens besluit om het slachtoffer te doden).

gehouden voor het kwalificerend gevolg dan is niet alleen vereist dat aan hem een culpoos verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van de dood van het slachtoffer – dat is enkel voldoende voor dood door schuld (§ 222 StGB). Daarbovenop is vereist dat in de uitvoering van het grondfeit een *specifiek gevaar* ligt besloten dat het kwalificerend gevolg zal intreden. Dat specifieke gevaar lijkt het BGH te zoeken in de wijze waarop het Tatplan wordt uitgevoerd: schept die gezamenlijke uitvoering in concreto het gevaar op een dodelijke escalatie dan wordt het specifieke gevaar op een dodelijke afloop in het leven geroepen, zoals is vereist voor Körperverletzung mit Todesfolge (tatbestandstypische Gefährdusammenhang). Er wordt verschillend gedacht over de vraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, het risico op een dodelijke escalatie mag worden gezien als nadere invulling van de vereiste tatbestandspezifischer Zusammenhang bij Körperverletzung mit Todesfolge.

Hoewel deze van de traditionele rechtspraak afwijkende jurisprudentie nog niet is uitgekristalliseerd, is de tendens helder: de ontwikkelingsgang behelst een verdere verruiming van de aansprakelijkheid van de Mittäter. Rengier suggereert dat het BGH met deze afwijkende lijn ‘eine *neue Art der Erfolgshaftung* im Bereich der Beteiligung an einer Körperverletzung mit Todesfolge [cursivering, AP]’ grondvest.³⁹¹ De toekomst moet uijwijken of die vrees gegrond is en, zo ja, of deze Erfolgshaftung al dan niet beperkt blijft tot het delict Körperverletzung.

5.8 Niet aansprakelijk voor een aliud

5.8.1 Inleiding

In de paragrafen 5.2 tot en met 5.7 is duidelijk geworden dat de Mittäter al snel aansprakelijk wordt gehouden voor Unrecht dat wordt veroorzaakt door een feitelijke delictshandeling van zijn mededader.

Dit komt in de eerste plaats doordat het *Vorsatz* van de Mittäter een *groot bereik* heeft. Dat blijkt uit de vier thema’s die zijn beschreven in paragraaf 5.2 tot en met 5.6. De grote reikwijdte van Vorsatz bewerkstelligt dat de handeling van de mededader niet snel een wezenlijke overschrijding oplevert van het Tatplan. Ook in situaties waarin de mededader het Tatplan wezenlijk overschrijdt door bijvoorbeeld een Totschlag te realiseren in plaats van een Körperverletzung, bleek niettemin de dodingshandeling vaak te worden omvat door het Vorsatz van de Mittäter. De Mittäter wordt in een dergelijk geval doorgaans verantwoordelijk gehouden voor een door het gevolg gekwalificeerd delict (Körperverletzung mit Todesfolge).³⁹² Kortom: de handeling van de mededader wordt omvat door het Vorsatz van de Mittäter, op basis waarvan de Mittäter aansprakelijk wordt gehouden voor Unrecht dat is veroorzaakt door die handeling.

³⁹¹ Rengier 2011b, p. 489.

³⁹² Bijvoorbeeld doordat de toepassing van een *Exzessregel* maakt dat de dodingshandeling van de mededader een betekenisloze afwijking oplevert. Maar ook als de dodingshandeling niet valt onder een van de Exzessregeln, dan kan de figuur sukzessive Mittäterschaft maken dat de Mittäter ‘alsnog’ aansprakelijk wordt gehouden voor een feitelijke delictshandeling waarbij hij zich nadien aansluit.

In de tweede plaats is het mogelijk dat de Mittäter aansprakelijk is voor Unrecht, ook als de feitelijke delictshandeling van de mededader, *niet* wordt omvat door het *Vorsatz* van de Mittäter. Die situatie komt allereerst naar voren in rechtspraak waarin de Mittäter als fahrlässige veroorzaker verantwoordelijk wordt gehouden voor Unrecht dat zijn mededader verwezenlijkt (paragraaf 5.7). Dat komt daarnaast aan het licht in jurisprudentie die hiervoor alleen zijdelings is aangestipt. Ik doel op gevallen waarin de handeling van de mededader het *Vorsatz* van de Mittäter wezenlijk overschrijdt, en laatstgenoemde slechts aansprakelijk wordt gesteld voor het *grunddelict*. Zo stelde de Mittäter zich in de zaak *NStZ-RR* 2006, 38 enkel voor dat de mededader het slachtoffer zou mishandelen door middel van een ‘vuistslag’.³⁹³ Totaal onverwacht sneed de mededader het slachtoffer echter met een mes in het gezicht. Voor die ernstiger vervullingswijze van *Körperverletzung* was de Mittäter niet aansprakelijk, en evenmin voor het kwalificerend gevolg daarvan (zwaar lichamelijk letsel). Het BGH hield de Mittäter enkel aansprakelijk voor *dát deel* van het toegebrachte letsel dat wat betreft ernst beantwoordt aan het letsel dat zou zijn toegebracht door ‘vuistslagen’. In de literatuur wordt de rechtvaardiging daarvoor wel gevonden in de *juridische fictie* dat de met het mes toegebrachte verwondingen (de *Plus*, dat wil zeggen: ernstiger letsel), het letsel omvat dat met de voorgestelde vuistslagen zou zijn toegebracht (de *Minus*; minder ernstig letsel).³⁹⁴

De gevallen die zijn beschreven in paragraaf 5.2 tot en met 5.7 hebben met elkaar gemeen dat het (deel van het) Unrecht waarvoor de Mittäter aansprakelijk wordt gehouden kennelijk niet wezensvreemd is aan het Tatplan. Zo sluit bijvoorbeeld de in de vorige alinea genoemde ‘messnee’ de aansprakelijkheid van de Mittäter maar *ten dele* uit; de Mittäter is *niet* aansprakelijk voor het ‘messneeletsel’ in het geheel (*Plus*), maar *wel* voor het daarin besloten liggende ‘vuistslagletsel’ (*Minus*). Klaarblijkelijk levert het messneeletsel een wezenlijke overschrijding op van het voorgestelde vuistslagletsel, maar dat letsel is niet zo wezensvreemd aan vuistslagletsel dat de Mittäter in het geheel niet aansprakelijk is voor Unrecht dat is veroorzaakt door deze messneden.

In deze subparagraaf richt ik de aandacht op uitzonderlijke gevallen, waarin de delictsuitvoering van de mededader *wel* wordt beoordeeld als *wezensvreemd* ten opzichte van de delictsuitvoering waarop het Tatplan is betrokken. In dat geval verhoudt het door de mededader gerealiseerde Unrecht zich als een ‘andere Tat’ (*aliud*) tot het Tatplan.³⁹⁵ In dergelijke gevallen is de Mittäter *in het geheel niet aansprakelijk* voor het Unrecht dat de *aliud*-handeling van zijn mededader

³⁹³ Zie kort daarover paragraaf 5.3.4.

³⁹⁴ Met de woorden van Rengier ten aanzien van een strafzaak van oudere datum: ‘Es bleibt die Haftung wegen Beteiligung am Grunddelikt, sofern der Mittäter (...) eine Gewaltanwendung gebilligt hat, die als “Minus” von dem Exzeßverhalten umfaßt wird (Rengier 1986, p. 254).’ In feite gaat het dan louter om een andere *totstandkomingswijze* van het voorgestelde gevolg. Rengier onderschrijft de beslissing van het BGH in *NStZ-RR* 2006, 38. Zo Rengier 2010a, § 44 Rn. 26.

³⁹⁵ Zie (summier) over die verhouding Sternberg-Lieben 2010, § 18 Rn. 7; Walter 2008, p. 550; Puppe 2007, p. 242-243; Rengier 1986, p. 251-252.

realiseert. Ik stel voorop dat deze aliud-gevallen (niet aansprakelijk voor Unrecht) zich ook voor Duitse schrijvers moeilijk dwingend laten onderscheiden van de in paragraaf 5.2 tot en met 5.7 beschreven gevallen (geheel of ten dele aansprakelijk voor Unrecht). Tekenend daarvoor is de opmerking van Walter, naar aanleiding van de vraag of de door de mededader verrichte ‘messteek’ een aliud oplevert ten opzichte van de door de Mittäter voorgestelde ‘vuistslag’:

‘Erstens könnten sie ihm zuzurechnen sein, wenn man in ihnen als Minus das Niederschlagen enthalten sieht, das [mededader] und [Mittäter] verabredet hatten. Es stellt sich die Frage, ob man tatsächlich von einem *Plus-Minus-Verhältnis* sprechen kann oder ob man nicht sagen muss, dass Schläge gegenüber Stichen etwas Wesensanderes seien, ein *Aliud*, so dass ein *100%iger Exzess vorliege und nicht nur ein 50%iger, 70%iger – oder wie immer man das Plus-Minus-Verhältnis bemessen wollte*. Ich erinnere mich noch an meine erste Strafrechtsausarbeit (...) bei *Jakobs* (...), die bei einem vergleichbaren Fall in der Lösung den Satz enthielt: „Der [geplante] Knuff ist in dem [vom Tatmittler ausgeführten] Stich enthalten.“ Für etwa die Hälfte der Bearbeiter war das segensreich. Die andere Hälfte indes war von einem Aliud (...) ausgegangen, und das ist gewiss auch für unseren Fall vertretbar [cursiveringen, AP].³⁹⁶

In de literatuur lijkt in ieder geval unaniem van een aliud (‘andere Tat’) te worden gesproken wanneer de mededader *opzettelijk* een *ander* slachtoffer doodt dan afgesproken.³⁹⁷

Hieronder wordt rechtspraak over de ‘andere Tat’ beschreven. Die rechtspraak probeer ik te duiden tegen de achtergrond van opvattingen in de literatuur.

5.8.2 Rechtspraak

5.8.2.1 Aanknopingspunt: Zäsur

Uit de rechtspraak van het BGH volgt dat gevallen waarin de handeling van de mededader het product is van een *keerpunt* (‘Zäsur’) tijdens de uitvoering van het Tatplan, een ‘andere Tat’ opleveren.³⁹⁸

De zaak *NStZ* 2010, 33 biedt een voorbeeld.³⁹⁹ In deze zaak is het Tatplan gericht op de gewelddadige beroving van het slachtoffer. Ter uitvoering daarvan billijkt ook de Mittäter het gebruik van een mes. Nadat het slachtoffer tijdens de uitvoering van het Tatplan wordt verwond, besluiten de Mittäter en zijn mededader met de buit te vluchten. Vervolgens verandert de mededader kennelijk van gedachten: hij besluit het slachtoffer met het mes te doden, en voert dat besluit uit. De feitenrechter oordeelt dat die dodingshandeling wordt omvat door het Tatplan. Op grond van die handeling wordt de Mittäter veroordeeld

³⁹⁶ Walter 2008, p. 550.

³⁹⁷ Zie paragraaf 5.4.

³⁹⁸ Het BGH noemt het begrip ‘Zäsur’ bijvoorbeeld in BGH 16 september 2009, *NStZ* 2010, 33; BGH 19 augustus 2004, *NStZ* 2005, 93 (Schweinetrogfall); BGH 1 september 1999, *NStZ* 2000, 29 en BGH 27 mei 1998, *NStZ* 1998, 511.

³⁹⁹ Deze zaak is al naar voren gekomen in paragraaf 5.5.1.

voor räuberische Erpressung mit Todesfolge (§ 255 jo. 251 StGB). Dat gaat het BGH te ver. Het BGH merkt het besluit van de mededader om het slachtoffer te doden aan als een ‘Zäsur’:

‘Nach den bisher getroffenen Feststellungen war der Todeserfolg nicht Folge der vom [de Mittäter] gebilligten oberflächlichen Schnitte und Stiche in den Mundboden und Hals des Opfers. Vielmehr trat eine *Zäsur im Geschehen* ein, als sich die Angeklagten, nachdem sie im Büro kein Bargeld gefunden hatten, zur Flucht entschlossen hatten. Erst daraufhin entschloss sich der [mededader], [het slachtoffer] zu töten. [Mededader] brachte dem Opfer somit den tödlichen Messerstich ins Herz *nicht mehr im Rahmen verabredeter Gewaltausübung* bei [cursiveringen, AP].’

Doorslaggevend lijkt te zijn dat de mededader ingaat tegen het *gezamenlijke besluit* om te vluchten. De vervolgens op eigen houtje genomen beslissing om het slachtoffer te doden levert een keerpunt op, en maakt de dodingshandeling tot een *eigenmachtige* handeling. Primair het eigenmachtige karakter van die handeling, zo begrijp ik het BGH, maakt dat de Mittäter aansprakelijk is voor handeling noch delictsgevolg daarvan.⁴⁰⁰ Voor dat oordeel lijkt van onderschikte betekenis de omstandigheid of, en zo ja in welke mate, de handeling van de mededader afwijkt van de door de Mittäter voorgestelde en gebillijkte messteken – de basis van zijn Vorsatz.

Deze beslissing kan worden begrepen tegen de achtergrond van Puppes benadering. De schrijfster constateert dat Mittäter zich hebben verbonden in een crimineel verband (Tatgemeinschaft).⁴⁰¹ Dat ‘Unrechtspakt’ legitimeert de wederzijdse toerekening van feitelijke delictshandelingen.⁴⁰² Die toerekening is slechts mogelijk zolang de ‘Band der Plangemeinschaft’ intact is. Wanneer een mededader zich *bewust losmaakt* van het criminele verband, dan mogen zijn handelingen vanaf dat moment niet meer worden toegerekend aan de Mittäter:

‘Setzt sich nämlich der Mittäter *bewusst* vom gemeinsamen Tatplan ab, so mag die Kausalität der Tatverabredung für sein weiteres Handeln bestehen bleiben [de ‘Tatverabredung’ is een *conditio sine qua non* voor ‘weiteres Handeln’, AP], aber das *Band der Plangemeinschaft*, auf dem die Zurechnung seiner Handlung zum Tatgenossen als dessen eigenes Unrecht basiert, ist *zerschnitten*, denn der Exzedierende wird nicht mehr durch das Bestreben motiviert, den mit dem Tatgenossen abgeschlossenen Unrechtspakt seinerseits zu erfüllen (...). Anhand des Kriteriums des gemeinsamen Tatplans und der bewussten Absetzung des Mittäter von diesem lässt sich die notwendige Individualisierung der verabredeten Tat so vornehmen, dass es möglich ist, die Frage zu entscheiden, ob die vom Mittäter tatsächlich ausgeführte noch

400 Welteverstaan: op basis van de vaststellingen van de feitenrechter. Het BGH wijst de zaak namelijk terug naar de feitenrechter, nu niet viel uit te sluiten dat nadere vaststellingen konden worden gedaan, die een nieuwe behandeling van de zaak rechtvaardigen.

401 Puppe 2007, p. 246.

402 Puppe 2007, p. 243.

dieselbe Tat ist oder eine *andere* [cursivering, AP].⁴⁰³

Voor Puppe is dus beslissend of de mededader met zijn handelwijze al dan niet de vervulling van het Tatplan nastreeft. In dogmatische termen: mag zijn delictsuitvoering objectief worden toegerekend (*objektive Zurechnung*) aan het gezamenlijk Tatplan?⁴⁰⁴ Ik begrijp Puppe zo dat wanneer de mededader de vervulling van het Tatplan nastreeft hij daarmee uitvoering geeft aan de samenwerking (*uitvoeringshandeling*). Als hij zich bewust losmaakt van dat plan dan stelt hij daarentegen een *eigenmachtige* handeling. Enkel uitvoeringshandelingen zijn vatbaar voor wederzijdse toerekening tussen Mittäter. De beslissing van het BGH in NStZ 2010, 33 laat zich duiden tegen de achtergrond van Puppes zienswijze: de omstandigheid dat de mededader zich bewust onttrekt aan het criminele verband met de Mittäter (Zäsur), maakt de daaruit voortspruitende handeling tot een eigenmachtige daad, die om die reden het karakter draagt van een aliud ('andere Tat').

Het BGH lijkt wel hoge eisen te stellen aan de vaststelling van een dergelijk keerpunt. Zo was er volgens het BGH geen sprake van een '*äußere Zäsur*' in een geval waarin het Tatplan was gericht op de gewelddadige afpersing van een pincode, en de mededaders enkel uit woede over het niet-prijsgeven van die code het slachtoffer toetakelden. Dat zij daarbij mogelijk niet meer het doel hadden om de pincode te verkrijgen, maakte dat geweld niet tot een 'andere Tat': een '*Vermischung der Motive*' lag voor de hand, aldus het BGH.⁴⁰⁵ Dat de mededaders de uitvoering van het Tatplan *niet* meer nastreefden, maakte hun geweldshandelingen *op zichzelf* niet tot een 'andere Tat'. Datzelfde stond in de zaak NStZ 1998, 511 niet in de weg aan de toerekening van de door de mededader aan het slachtoffer toegebrachte messteken aan de Mittäter.⁴⁰⁶ In deze casus was het Tatplan gericht op de gewelddadige beroving van een echtpaar. Het mannelijke slachtoffer verzette zich aanmerkelijk heviger dan verwacht. Om dat verzet te breken en de vlucht van dat slachtoffer te voorkomen, doodde een mededader

403 Puppe 2007, p. 243. Het Tatplan is dus het ijkpunt. Er is ook sprake van een *aliud* 'wenn der [mededader] glaubt, im wohlverstandenen Interesse des Tatgenossen zu handeln. Denn die Zurechnung wird nicht durch das wirkliche oder präsumtive Interesse des Tatgenossen begrenzt, sondern durch den gemeinsamen Tatplan. Das gilt auch dann, wenn der Tatgenosse diese Abweichung vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können [cursivering, AP].'

404 Vgl. Puppe 2007, p. 243: Het draait bij een 'bewuste Absetzung' van het Tatplan om een 'Störung der objektiven Zurechnungsbeziehung auf Seiten des abweichenden Mittäter und damit um ein *Problem des objektiven Tatbestandes der Mittäterschaft* [cursivering, AP].'

405 Het betreft BGH 1 september 1999, NStZ 2000, 29. Het BGH overweegt: 'Entgegen der Auffassung der Revisionführerin läßt sich den Urteilsgründen zwar in ihrem Zusammenhang entnehmen, daß die Angeklagten bei den besonders schwerwiegenden Mißhandlungen nicht mehr das Ziel verfolgten, die Geheimnummer zu erlangen, sondern nur noch ihre *Wut und Verärgerung abreagierten*. Das Langericht hätte sich aber mit der Tatsache auseinandersetzen müssen, daß bei dem emotional aufgeladenen Handlungsverlauf mit sich steigenden Gewalttätigkeiten, der eine *äußere Zäsur* nicht erkennen läßt, eine *Vermischung der Motive* nahelag [cursivering, AP]. In ander opzicht is deze zaak besproken in paragraaf 5.3.4.

406 BGH 27 mei 1998, NStZ 1998, 511. Zie hierover al paragraaf 5.3.4.

het slachtoffer met een mes. Niet vastgesteld kon worden dat de mededader die dodingshandeling verrichtte in het streven om het Tatplan uit te voeren (het verkrijgen van buit). Desondanks mocht die dodinghandeling gelden als een in samenwerking begane uitvoeringshandeling. De veroordeling van de Mittäter voor een Versuch tot Raub mit Todesfolge hield stand bij het BGH: ‘Auch soweit die Tötungshandlung nicht mehr Final auf die Wegnahme der Beute gerichtet war, liegt im Hinblick auf die örtlich und räumlich enge Verknüpfung mit den zuvor eingesetzten Nötigungsmitteln, die der Ermöglichung der Wegnahme dienen sollten, *keine von dem vorgestellten Geschehen so erhebliche Abweichung vor, daß deren Zurechnung nicht mehr gerechtfertigt wäre* [cursivering, AP].’ Dat deze handeling in nauw verband staat met handelingen die wél waren gericht op de uitvoering van het Tatplan, lijkt te maken dat die dodingshandeling wordt beoordeeld als een toerekenbare uitvoeringshandeling.

Voor de kwestie of de feitelijke delictshandeling niet-wezensvreemd is aan het Tatplan (uitvoeringshandeling) dan wel het resultaat is van een Zäsur (eigenmachtige handeling), is een gewogen oordeel beslissend. Voor dat oordeel lijkt onder meer van betekenis of de mededader al dan niet indruist tegen een gezamenlijk besluit om de uitvoering van het Tatplan te beëindigen (NStZ 2010, 33). De door Puppe naar voren gebrachte factor voor de bepaling van een aliud (‘andere Tat’) – heeft de mededader zich bewust ‘abgesetzt’ van het Tatplan? – lijkt dus ook een belangrijke rol te spelen in deze rechtspraak. Dat de mededader de uitvoering van het Tatplan niet meer nastreeft, lijkt *op zichzelf* geen keerpunt op te leveren (NStZ 2000, 29 en 1998, 511). Vereist lijkt te zijn dat *naar buiten* blijkt dat er een keerpunt is geweest (‘äußere Zäsur’).

5.8.2.2 Aanknopingspunt: Vorsatz

Er is ook jurisprudentie waarin het BGH het oordeel dat de mededader een aliud heeft verricht, expliciet plaatst in de sleutel van Vorsatz. De beslissing van het BGH in NStZ 2009, 25 is daarvan een voorbeeld.⁴⁰⁷ In die zaak levert de delictsuitvoering van de mededaders een aliud op, omdat die vervullingswijze *niet* wordt omvat door het Vorsatz van de Mittäter. Deze benadering waarin het *Vorsatz* van de Mittäter maatgevend is voor de bepaling van een ‘andere Tat’, is de heersende opvatting in de literatuur.⁴⁰⁸ De feiten:

De Mittäter is het brein achter het Tatplan om met mededaders een filiaal van Penny Markt te overvallen. Die overval zal plaatsvinden op 29 januari 2007. Daarbij zal de Mittäter de regie in handen hebben. De overval vindt echter geen doorgang, omdat de vier die dag de tijd verkeerd inschatten. De daaropvolgende dagen is de plichtsetrouwe Mittäter vanwege zijn werk verhinderd voor criminele activiteiten. De drie handlangers besluiten daarop, zonder medeweten van de Mittäter, de roofoverval op de Penny Markt uit te voeren. Deze overval vindt plaats op 31 januari 2007. Daartoe wordt ook een ander (H) geronseld om mee te doen. De mededaders zijn het er over eens dat ook de Mittäter zal meedelen in de buit. De

⁴⁰⁷ BGH 2 juli 2008, NStZ 2009, 25.

⁴⁰⁸ In die zin de heersende leer weergevende Puppe 2007, p. 243 en Walter 2008, p. 550.

roofoverval wordt daarop verwezenlijkt. Op aandringen van H bedenkt men zich: de Mittäter zou toch geen recht hebben op een deel van de buit. De Mittäter, die inmiddels op de hoogte is van de geslaagde overval, claimt en ontvangt uiteindelijk toch een deel van de opbrengst.

In de voorfase van het delict valt de Mittäter tegen zijn zin weg uit het verbond van Mittäter. De feitenrechter veroordeelt de Mittäter voor de overval op 31 januari. Een aantal omstandigheden pleiten voor het oordeel dat de overval op 31 januari als ‘hetzelfde feit’ moet worden aangemerkt als de overval op 29 januari, waarop het in hoge mate door de Mittäter vormgegeven Tatplan was gericht. Zo bleef het op 29 januari toegesneden plan bestaan (het werd enkel uitgesteld), was de modus operandi op 31 januari conform het aanvankelijke Tatplan, werd hetzelfde slachtoffer beroofd en deelde de Mittäter in de buit. In veel opzichten komt de gepleegde overval dus overeen met de voorstellingen die de Mittäter zich daarvan had gemaakt.⁴⁰⁹

Volgens het BGH verhoudt die overval zich echter als een ‘andere Tat’ tot de aanvankelijk geplande overval op 29 januari. Voor dat oordeel is volgens het BGH van betekenis dat de mededaders zich ‘einseitig von dem gemeinschaftlich gefassten Tatentschluss lösten’. Het Vorsatz van de Mittäter zou zich *niet* uitstrekken tot de overval op 31 januari. Dat oordeel rust op vijf pijlers (zie cursiveringen):

‘Mittäterschaft scheidet hier freilich aus, da die ausgeführte Tat wesentlich ebenso von der Vorstellung des [Mittäter] wie vom gemeinsamen Tatplan abweicht: die Tat wurde absprachewidrig zu einem anderen *Zeitpunkt* in anderer *Besetzung* mit anderer *Rollenverteilung* der Ausführenden begangen. Darüber hinaus hatte der [Mittäter] *weder Kenntnis von der Tatbegehung noch rechnete er auch nur damit*; er ging vielmehr davon aus, dass *sein Tatbeitrag noch nicht ausreichte* und der Tatplan nicht ohne weitere Mitwirkungshandlungen seinerseits verwirklicht werde [cursiveringen, AP].’⁴¹⁰

In de literatuur wordt weinig betekenis toegekend aan de gewijzigde ‘Besetzung’ en ‘Rollenverteilung’, omdat een verschil in bezetting en rolverdeling in de rechtspraak op zichzelf geen wezenlijke afwijking opleveren van het Tatplan. Datzelfde geldt voor het op een ander ‘Zeitpunkt’ uitvoeren van het delict.⁴¹¹ Volgens Rengier is het springende punt geweest dat de Mittäter op zijn minst *Eventualvorsatz* moet hebben ten aanzien van de *uitvoering* van het delict. Daaraan ontbrak het bij deze Mittäter: hij had niet verwacht dat zijn mededaders de

409 Zie Rengier 2010b, p. 285 (‘nahezu deckungsgleich’); Roxin 2009, p. 7; Walter 2009, p. 5. Daarbij wordt aangenomen dat verdachtes wezenlijke bijdrage doorwerkte in de overval op 31 januari. Daarmee heeft de verdachte – naar de ruime opvatting van de Tatherrschäftslehre – ‘funktioneller Tatherrschaft’ gehad. Zo Walter 2009, p. 5.

410 Onhelder blijft hoe de vijf pijlers zich tot elkaar verhouden; heeft het BGH aan een of enkele daarvan meer gewicht willen toekennen en/of maakt enkel de som der delen dat er sprake is van een ‘andere Tat’? De uitkomst – de overval op 31 januari is een ‘andere Tat’ – wordt gedeeld door gezaghebbende schrijvers. Zo Rengier 2010b, p. 285; Walter 2009, p. 5; Roxin 2009, p. 7–8.

411 Zo Rengier 2010b, p. 285–286; Roxin 2009, p. 9.

overval zonder hem zouden uitvoeren.⁴¹² Om die reden houdt ook Rengier de Mittäter niet aansprakelijk voor de buiten diens wetenschap begane overval.

5.8.3 Besluit

De waardering van een feitelijke delictshandeling als niet-toerekenbare ‘eigenmachtige handeling’ of toerekenbare ‘uitvoeringshandeling’, plaatst Puppe in de sleutel van de *objektive Zurechnung*.⁴¹³ Een handeling van een (aanvankelijke) mededader die zich bewust heeft losgemaakt van het gezamenlijk Tatplan heeft het karakter van een aliud. Die ‘andere Tat’ is niet vatbaar voor toerekening aan de overige Mittäter. Puppes benadering heeft in ieder geval voor op de heersende leer dat lastige waarderingskwesties in de sleutel van het Vorsatz worden omzeild: is de handeling van de mededader een ‘aliud’ waarvoor de Mittäter níet aansprakelijk is of slechts een ‘Plus’ waardoor de Mittäter wél aansprakelijk is voor een deel van het daardoor veroorzaakte Unrecht? Het model van Puppe komt naar voren in de Zäsur-rechtspraak: handelingen die het product zijn van een naar buiten blijkend keerpunt, kunnen om die reden een ‘andere Tat’ opleveren (NStZ 2010, 33).

Er zijn echter ook gevallen waarin het BGH, in lijn met de dogmatiek, voor de aanmerking van een ‘andere Tat’ aanknoopt bij het Vorsatz van de Mittäter (NStZ 2009, 25). Zowel de heersende leer als de benadering van Puppe komen daarmee terug in de jurisprudentie.

412 Zo Rengier 2010b, p. 285: ‘*Vorsätzliches Handeln setzt stets voraus, dass der Täter (...) die Begehung einer hinreichend bestimmten Straftat im Visier hat und sich mit deren Völlendung zumindest abfindet* [cursivering, AP]. Genau daran mangelt es (...). [Mittäter] hat nämlich in keiner Weise damit gerechnet, dass die Komplizen ohne seine Mitwirkung (...) den Überfall durchführen könnten.’

413 Zie paragraaf 4.4.3 voor wat betreft de objectieve toerekening van het gevolg aan de handeling van de Täter.

Hoofdstuk 3

Joint Criminal Enterprise

1 Inleiding

Het Engelse rechtstelsel verschilt aanzienlijk van het Nederlandse en Duitse. Voor een goed begrip van dit hoofdstuk stip ik kort enkele verschillen aan.

Een belangrijk kenmerk van het Engelse stelsel is dat een algemeen wetboek van strafrecht ontbreekt.¹ Tot aan de negentiende eeuw bestond het Engelse strafrecht in essentie uit *common law*: het juridisch begrippenkader en de afbakening van strafbepalingen zijn ontwikkeld ‘on a case-by-case basis by judges’.² Begrippen als ‘intention’ en ‘recklessness’, en delicten als ‘murder’ en ‘manslaughter’ worden ook heden ten dage nog steeds beheerst door *common law*.³ Het leeuwendeel van het strafrechtelijk kader is tegenwoordig echter gecodificeerd in talloze afzonderlijke wetten (*statutory law*).⁴ Deze rechtsbron bestaat naast de *common law*. In de huidige tijd zijn alle nieuwe delicten en hervormingen van het strafrecht het product van de wetgever.⁵ Deze *statutory law* is soms gebaseerd op een ‘Report’ van de gezaghebbende Law Commission, een door het parlement ingestelde commissie die tot taak heeft voorstellen te doen tot hervorming van het strafrecht.⁶

De strafbare feiten die in dit hoofdstuk aan bod komen, zijn allen ernstige delicten (vaak draait het om murder). Dergelijke strafbare feiten zijn zogenaamde ‘indictable offences’, waarop in eerste aanleg juryrechtspraak van toepassing is. In dat geval bestaat er een taakverdeling tussen rechter en jury: de jury is belast met de vaststelling van de feiten (‘decisions of fact’), de rechter beslist over juridische vraagpunten (‘all aspects of the law’).⁷ Het behoort tot de taak van de rechter om de jury te instrueren over de inhoud en betekenis van juridische termen. Wanneer bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsfiguur ‘joint criminal enterprise’ in het geding is, dan is het aan de feitenrechter om aan de jury uit

1 Ondanks de breed gedragen wens in wetenschap en rechtspraak om te komen tot een dergelijke codificatie. Zo Ormerod 2011, p. 30-31.

2 Simester, Spencer e.a. 2010, p. 46. ‘Common law writers and reporters of great antiquity’ – zoals Hale, Coke en Hawkins (18^e eeuw) – zijn van grote invloed geweest op die ontwikkeling (Ormerod 2011, p. 16).

3 Vgl. Ashworth 2009, p. 8.

4 Zie Ormerod 2011, p. 17-18.

5 De House of Lords – de voorloper van de huidige Supreme Court – heeft in 2006 beslist dat rechterlijke colleges niet (meer) de bevoegdheid hebben om delicten te scheppen of af te schaffen. Zie *Jones et al* [2006] UKHL 16. Zie daarover Ormerod 2011, p. 17.

6 Zie daarover kort Ormerod 2011, p. 31. Het recentste Report over ‘complicity’ (deelneming) stamt uit 2007, en is getiteld ‘Participating in Crime’ (hierna: ‘Law Commission 2007’).

7 Zie hierover Ormerod 2011, p. 32-33 jo. 35.

te leggen welke inhoud dat concept heeft.⁸ De juistheid van dergelijke ‘instructions on the law’ kan in de tweede aanleg worden getoetst door de Court of Appeal.⁹ Een oordeel van de Court of Appeal kan in aanmerking komen voor toetsing door de Supreme Court.¹⁰

In dit hoofdstuk staat de aansprakelijkheidsgrond ‘joint criminal enterprise’ centraal. Van de Engelse aansprakelijkheidsfiguren is deze figuur het meest verwant aan medeplegen. Het hoofdstuk kent drie hoofdonderdelen. In het eerste wordt in kaart gebracht welke positie de joint criminal enterprise inneemt in de deelnemingsregeling (paragraaf 2). Deze figuur blijkt een verruiming van de aansprakelijkheid van de deelnemer mee te brengen. De vraag of die verruiming een deugdelijke dogmatische grondslag heeft, wordt onder ogen gezien in de derde paragraaf. De vierde en laatste paragraaf draait om de aansprakelijkheid van de participant in een joint criminal enterprise voor feitelijke afwijkingen van het gezamenlijk doel door zijn mededader.

2 Participation in crime

2.1 Inleiding

Het Engelse recht kent twee wijzen van ‘participation in a criminal offence’: als ‘principal’ en als ‘accessory’.¹¹ De joint criminal enterprise is in de heersende opvatting een verschijningsvorm van accessoryship. Omwille van de duidelijkheid zal ik het begrip ‘secondary participation’ gebruiken als overkoepelende term, die zowel accessoryship als participatie in een joint criminal enterprise omvat.¹²

Hieronder wordt eerst de categorie principals in kaart gebracht. Daarna wordt stilgestaan bij secondary participation.

2.2 Principals

2.2.1 De principal als (mede)veroorzaker van het delict

Het onderscheid tussen principal en secondary participation wordt gemaakt aan de hand van *causaliteit*: de handeling van de perpetrator is de dichtstbijzijnde oorzaak (‘most immediate cause’) van de verwezenlijking van het delict, de secondary party levert een niet-causale *bijdrage* aan de realisering van dat delict

8 Zie hierover Baker 2012, p. 66.

9 Strikt genomen heeft de Court of Appeal ook de bevoegdheid flagrant onjuiste oordelen van de jury te vernietigen, maar van die bevoegdheid wordt nauwelijks gebruikgemaakt. Daarover Baker 2012, p. 75.

10 De Supreme Court is sinds 1 oktober 2009 de hoogste rechterlijke instantie. Daarvoor was dat de House of Lords. De House of Lords heeft sinds voornoemde datum echter geen rechtsprekende taak meer.

11 Zo bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 184-185; Simester, Spencer e.a. 2010, p. 205.

12 Zo ook Simester, Spencer e.a. 2010, p. 205.

door de principal.¹³ Het Engelse recht kent drie typen principals.¹⁴

Het eerste type is de *principal* die eigenhandig het delict pleegt. Iemand is bijvoorbeeld als principal strafbaar voor murder wanneer hij met de vereiste mens rea¹⁵ het slachtoffer eigenhandig gif toedient, waardoor dat slachtoffer sterft. Daarmee is de principal de veroorzaker van het delict.

Het tweede type is de principal die gebruikmaakt van een *innocent agent* om het delict te plegen. Kenmerkend voor deze situatie is dat de actus reus wordt vervuld door een persoon – de innocent agent – die zelf niet strafbaar is voor het strafbaar feit, bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van de voor het delict vereiste mens rea.¹⁶ Bijvoorbeeld: met de bedoeling om zijn vrouw van het leven te beroven, overhandigt de vader een gif bevattende taartpunt aan zijn kind, zodat het onwetende kind die zal opdienen aan zijn moeder. De vader geldt in dat geval als veroorzaker van murder (principal); zijn handeling (het overhandigen van taart aan zijn kind) is de ‘most immediate cause’ van de handeling van zijn kind.¹⁷ De gedraging van het kind geldt als gedraging van de vader.¹⁸

Het derde en laatste type is de categorie *joint principals*. De handelingen van de joint principals vervullen bij elkaar genomen het delict, samen veroorzaken zij het strafbare feit.¹⁹ In afwijking van medeplegen en Mittäterschaft is de joint principal enkel aansprakelijk voor zijn *eigen* handelingen; de aansprakelijkheid berust op het feit dat zijn handelingen het delict medeveroorzaken.²⁰ Er is sprake van joint principalship als elke joint principal *een afzonderlijke deel* van de actus reus vervult. Bijvoorbeeld: P1 neemt het geld weg uit een bankkluis, terwijl P2 de medewerkers van de bank onder schot houdt; gezamenlijk vervullen P1 en P2 geheel de actus reus van het delict robbery²¹ (diefstal met geweld). Het kan ook zijn dat de joint principals *elk deel* van de actus reus *gezamenlijk* vervullen: P1 en P2 delen gezamenlijk klappen uit aan het slachtoffer. Beiden hebben de intentie om het slachtoffer om het leven te brengen. Het slachtoffer sterft ten gevolge van het op hem toegepaste geweld (‘the combination of blows’).²² P1

13 In die zin Ormerod 2011, p. 187-188 jo. 190: ‘The separate body of law of accessory liability is based on the assumption that the accessory does not *cause* [cursivering, AP] the *actus reus* (p. 188).’ De actus reus is gelijk te stellen met de objectieve delictsbestanddelen.

14 Zie bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 187-190.

15 Meer over dit begrip in paragraaf 2.2.2.

16 Zo bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 188.

17 In die zin Ormerod 2011, p. 189.

18 Zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 207: ‘Conceptually, it is as if [principal] “stands in the shoes” of the innocent agent.’

19 Zie Ormerod 2011, p. 189-190. In gelijke zin Simester, Spencer e.a. 2010, p. 207: ‘(...) there must be *some* contribution to the occurrence of the actus reus before one can be held to have committed the offence as a principal.’

20 Het is mogelijk dat joint-principals op basis van een verschil in mens rea strafbaar zijn voor verschillende delicten. Zo Card, Cross & Jones 2012, p. 729.

21 Het delict is strafbaar gesteld in de Theft Act 1968, section 8 (1): ‘A person is guilty of robbery if he *steals*, and immediately before or at the time of doing so, and in order to do so, he uses *force* on any person or puts or seeks to put any person in fear of being then and there subjected to force [cursivering, AP].’

22 Het voorbeeld is ontleend aan Simester, Spencer e.a. 2010, p. 207.

en P2 leveren allebei een causale bijdrage aan de dood van V. Als echter wordt vastgesteld dat enkel een klap van P1 de dood van V heeft veroorzaakt, dan is geen sprake van joint principalship; P1 is principal, P2 is strafbaar op een andere grondslag.²³ In gevallen van joint principalship zal vaak ook sprake zijn van een vorm van bewuste samenwerking met het oog op een gezamenlijk crimineel doel – de basis van een joint criminal enterprise. Die samenwerking is echter op zichzelf *geen* vereiste voor joint principalship.²⁴

Het onderscheidende kenmerk tussen principal en secondary party is soortgelijk aan het verschil tussen dader en medeplichtige: dader en principal gelden als veroorzakers van het delict, medeplichtige en secondary party zijn begunstigende voorwaarden.²⁵ Er is ook een belangrijk verschil. De eis dat enkel principal is hij die het delict (mede)veroorzaakt, is gestoeld op het heersende uitgangspunt in het Engelse recht dat ‘voluntary, willed human action’ de causale keten doorbreekt (*novus actus interveniens*)²⁶: ‘a voluntary intervening act (...) displaces the previous actor’s causal responsibility.’²⁷ De gedachte is dat de handeling van de een, geen noodzakelijke voorwaarde (*conditio sine qua non*) kan zijn voor de handeling die een ander vrijwillig verricht.²⁸ Die causaliteitsopvatting heeft

23 Zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 207. Denkbaar is dat P2 aansprakelijk wordt gesteld voor principalship met betrekking tot de door hem uitgedeelde klappen (bijvoorbeeld het met die ‘intent’ veroorzaken van ‘grievous bodily harm’). Een andere mogelijkheid is accessoryship ten aanzien van de door P1 begane murder.

24 Zo Lord Kerr in de beslissing van de Supreme Court in de zaak *Gnango* [2011] UKSC 59. Lord Kerr overweegt (punt 126): ‘Unlike the position in a joint enterprise, *no common purpose is required* [cursivering, AP] in order to render those who cause or contribute to a cause of the actus reus guilty as joint principals. (...) The essential ingredient for joint principal offending is a contribution to the cause of the actus reus. If this is absent, the fact that there is a common purpose or a joint enterprise cannot transform the offending into joint principal liability.’ In paragraaf 2.4 wordt meer aandacht besteed aan de begrippen ‘joint (criminal) enterprise’ en ‘common purpose’. Het is niet duidelijk of Lord Kerr hiermee het oog heeft op *alle* gevallen van joint principalship. Wellicht doelt de Lord enkel op de situatie dat de joint principals *elk deel* van de actus reus *gezamenlijk* vervullen; in een dergelijk geval is de joint principal immers ook zonder common purpose medeveroorzaker van elk afzonderlijk deel van de actus reus. De aansprakelijkheidsgrond zou een veel ruimer bereik hebben als een common purpose evenmin is vereist indien de joint-principals elk louter een *afzonderlijk deel* vervullen van de actus reus.

25 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.3.1.

26 In die zin Ormerod 2011, p. 188 en Clarkson, Keating & Cunningham 2010, p. 509. Kritisch over dit dogma in het Engelse recht: Sullivan 2008, p. 277.

27 Ashworth 2009, p. 112.

28 Veel schrijvers verwijzen in dit verband naar de gezaghebbende opvatting van Kadish. Geïnspireerd door de causaliteitsopvatting van Hart en Honoré, schrijft deze (Kadish 1985, p. 327): ‘Causation applies where results of person’s action happen in the physical world. Complicity applies where results take the form of another person’s voluntary action. Complicity emerges as a separate ground of liability because causation cannot in general satisfactorily deal with results that take the form of another’s voluntary action. Causation doctrine encounters difficulties here because of the distinction between nature and will: ‘*The voluntary action of the principal actor cannot appropriately be said to have been caused (in the sense of cause) by the action of the secondary party* [cursivering, AP] (...).’ Het uitgangspunt berust dus op een strikte opvatting van individuele autonomie. Zie Ashworth 2009, p. 105.

consequenties voor de reikwijdte van principalship. Het zijn van principal op basis van middellijke veroorzaking van het delict – het organiserende brein laat de uitvoering van het delict over aan zijn ondergeschikte handlangers – wordt niet aanvaard, omdat de bevelen van het organiserende brein immers niet mogen gelden als *oorzaak* van de feitelijke delictshandelingen van zijn handlangers; die handelingen zijn immers ‘voluntary, willed human action’.²⁹

Door principalship te definiëren in restrictieve causale termen, is het organiserende brein in het Engelse stelsel hoogstens een *secondary party*³⁰, terwijl deze in het Nederlandse respectievelijk Duitse stelsel al snel een medepleger respectievelijk *Mittäter* zou zijn. Met het oog daarop wordt het Engelse stelsel wel een ‘naturalistic model’ genoemd: principals zijn zij die gelden als ‘most immediate cause’ van het delict. Daarentegen wordt plegerschap in het Nederlandse en Duitse stelsel gedefinieerd in termen van *verantwoordelijkheid*: plegers zijn zij die gelden als ‘most responsible’. Dit verklaart dat het brein dat het delict slechts middellijk veroorzaakt, desondanks kan worden beschouwd als (mede)pleger.³¹

2.2.2 Actus reus en mens rea

Het strafbaar feit (criminal offence) waarvoor de principal aansprakelijk is, kent twee componenten (elements): actus reus (external element) en mens rea (mental element).^{32/33}

De *actus reus* is gelijk te stellen met objectieve delictsbestanddelen. De actus reus kan bestaan uit maximaal drie onderdelen: een gedraging (conduct), begeleidende omstandigheid (circumstances in which the conduct takes place) en delictsgevolg (consequences of the conduct).³⁴ De *mens rea* is het deel van de delictsomschrijving dat verwijst naar de ‘mental state’ van de actor.³⁵ Deze verzamelterm omvat verschillende typen mentale gesteldheden, waaronder ‘intention’ respectievelijk ‘recklessness’ ten aanzien van een gevolg, en ‘knowledge’ onderscheidenlijk ‘recklessness’ met betrekking tot een begeleidende omstandigheid.³⁶ De voor principalship vereiste actus reus en mens rea worden dus bepaald door de delictsomschrijving.³⁷

29 De enige uitzondering op dit uitgangspunt is de principal die de delictsuitvoering overlaat aan een innocent agent. Zie daarover Clarkson, Keating & Cunningham 2010, p. 507-508.

30 Vgl. Clarkson, Keating & Cunningham 2010, p. 551: ‘an accessory cannot cause that over which they have no control and the causal link cannot be traced through the actions of a responsible actor.’

31 Het onderscheid tussen beide modellen is ontleend aan Vogel 2002, p. 154-155. Deze onderscheiding wordt ook gebruikt in Van Sliedregt 2012, p. 71-73.

32 Zo Ormerod 2011, p. 46.

33 Volledigheidshalve: elk delict kent een actus reus. De mens rea maakt echter niet noodzakelijkerwijs deel uit van een delict. Is mens rea niet vereist, dan is sprake van ‘strict liability’. Zie daarover Ormerod 2011, p. 157 jo. 155.

34 Zie daarover Law Commission 2007, B. 93.

35 Vgl. Simester, Spencer e.a. 2010, p. 125.

36 Zie bijvoorbeeld Ashworth 2009, p. 170.

37 In die zin ook Ormerod 2011, p. 191.

Mens rea en actus reus moeten temporeel samenvallen (*principle of contemporaneity*).³⁸ In het kader van een gevolgsdelict betekent dit dat mens rea aanwezig moet zijn op het moment dat de principal de feitelijke delictsgedraging (conduct) verricht.³⁹ De idee is dat het strafrecht aangrijpt bij strafwaardige ‘gedragingen’.⁴⁰ Uit oogpunt van het principle of contemporaneity is een ‘intent to kill’ bijvoorbeeld afwezig, wanneer het dodingsopzet enkel bestaat voorafgaande aan de gedraging (dolus antecedens) of louter aanwezig is na het verrichten daarvan (dolus subsequens). Bijvoorbeeld: A veroorzaakt culpoos een dodelijk ongeluk met aartsvijand B, terwijl A ofwel eerder die dag het plan had opgevat om B van het leven te beroven (dolus antecedens), ofwel na de aanrijding vergenoegd constateert dat hij zijn aartsvijand heeft gedood (dolus subsequens). In beide gevallen is de ‘intent to kill’ niet van invloed geweest op de feitelijke delictshandeling. Mens rea en actus reus vallen dus niet samen. Dit beginsel speelt ook een rol in het Duitse stelsel (Koinzidenzprinzip).⁴¹ Blomsma constateert dat de coïncidentie van mens rea en actus reus in het Nederlandse stelsel minder aandacht krijgt.⁴² In het slothoofdstuk zal het principle of contemporaneity nader worden belicht en worden gebruikt bij de analyse van een casus van medeplegen.⁴³

Terug naar het Engelse recht. In het onderstaande draait het om de aansprakelijkheid van een participant in een joint criminal enterprise voor opzetdelicten van de principal. In die gevallen wordt van de *principal* vereist dat hij *intention* heeft ten aanzien van het delictsgevolg. Voor een goed begrip sta ik kort stil bij die mens rea-gradatie, omdat deze een aanmerkelijk enger bereik heeft dan voorwaardelijk opzet. Het wezen van ‘intention’ is ‘aim, objective, or purpose’.⁴⁴ Dat wezen komt tot uitdrukking in de betekenis die in het geldende recht wordt gegeven aan ‘direct intent’. ‘*Direct intention*’ wordt wel gedefinieerd als “‘acting in order to bring about’ the result’.⁴⁵ Wanneer de principal voorziet dat het delictsgevolg een ‘virtual certainty’ is van de feitelijke delictshandeling, dan levert die omstandigheid een *aanwijzing* op dat hij in dat geval ‘direct intention’ heeft gehad ten aanzien van dat gevolg.⁴⁶ Op basis van de vastgestelde ‘foresight of certainty’ kán de rechter dus concluderen dat de

38 Zo bijvoorbeeld Herring 2012, p. 166; Ormerod 2011, p. 138 en Ashworth 2009, p. 157. Zeer uitgebreid over dit thema, in rechtsvergelijkend perspectief met Duitsland en Nederland: Blomsma 2012, p. 250-273.

39 Zo Ormerod 2011, p. 138; Ashworth 2009, p. 157 en Blomsma 2012, p. 250.

40 Ashworth 2009, p. 157: ‘(...) the function of the law is not to judge a person’s general character or behaviour over a period of time; its concern is only with the distinct criminal conduct charged.’

41 Zie bijvoorbeeld Vogel 2007, § 15 Rn. 52 e.v.. In hoofdstuk 2 is niet afzonderlijk aandacht besteed aan het Koinzidenzprinzip. Een belangrijk aspect daarvan – de afwijzing van dolus subsequens – is wel aan bod gekomen in de context van sukzessive Mittäterschaft. Zie daarover hoofdstuk 2, paragraaf 5.5.1 jo. 3.5.2.

42 Blomsma 2012, p. 269.

43 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.6.4.5.

44 Ashworth 2009, p. 171.

45 Ashworth 2009, p. 171.

46 In dat geval wordt gesproken van ‘oblique intention’. Zie Ashworth 2009, p. 172.

verdachte intention heeft gehad.⁴⁷ Kortom: er is sprake van 'intention' wanneer de principal de *bedoeling* heeft om het gevolg te realiseren (direct intent) en er kan sprake zijn van 'intention' als de principal weet dat het gevolg een 'virtually certain consequence' zal zijn van zijn handelen.

2.2.3 De aansprakelijkheid voor murder en manslaughter

Veel vraagstukken rondom de joint criminal enterprise-aansprakelijkheid doen zich voor in de context van de delicten murder en involuntary manslaughter. Beiden zijn zogenaamde 'constructive crimes' (door het gevolg gekwalificeerde delicten): de principal is aansprakelijk voor de levensberoving van het slachtoffer, zonder dat mens rea (intention) is vereist ten aanzien van de intrede van dat gevolg; de '*mens rea* of a lesser offence than that charged' volstaat.⁴⁸ De aansprakelijkheidsvoorwaarden voor murder en manslaughter zijn ontwikkeld in de jurisprudentie.

Voor *murder* is vereist dat de principal 'unlawfully'⁴⁹ kills another person (...) with an *intention* either to *kill* V or to do V *serious harm* [cursivering, AP].⁵⁰ Intent ten aanzien van het veroorzaken van 'serious harm' – ook wel: 'grievous bodily harm' (gbh) – volstaat dus voor murder. Die mens rea zal ik in het navolgende gemakshalve aanduiden met 'gbh-intent'. Deze gbh-intent volstaat om het *onvoorziene* gevolg van gbh – de dood van het slachtoffer – voor rekening te brengen van de principal.⁵¹ In dat geval is sprake van *constructive liability*; de mens rea van de principal is enkel betrokken op zwaar lichamelijk letsel (gbh)⁵², terwijl hij aansprakelijk wordt gehouden voor de dood van

47 Deze verhouding tussen 'direct' en 'oblique intention' wordt afgeleid uit de beslissing van de House of Lords in *Woollin* [1999] 1 AC 82. Lord Steyn overweegt in die zaak dat 'the jury should be directed that they are not entitled to find the necessary intention [ten aanzien van 'death' of het toebrengen van 'serious bodily harm', AP], unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty as a result of the defendant's actions and that the defendant appreciated that such was the case'.

48 Ormerod 2011, p. 135.

49 Het doden van het slachtoffer kan ook *rechtmatig* zijn, bijvoorbeeld ingeval van een 'justifiable self-defence'. Enkel *onrechtmatige* dodingshandelingen kunnen murder of manslaughter opleveren. Zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 359 en Herring 2012, p. 238.

50 Law Commission 2006, 1.13. De mens rea wordt ook wel gevat in de term 'malice aforethought'. De House of Lords heeft in *Moloney* [1985] AC 905 bepaald dat die term 'intention' betekent. Zie daarover Ormerod 2011, p. 497. Het delict murder is een product van common law. Enkel een gekwalificeerde vorm van murder – vergelijkbaar met art. 288 Sr – is gecodificeerd, en wel in de Homicide Act 1957, section 1: 'Where a person kills another in the course or furtherance of some other offence, the killing shall not amount to murder unless done with the same malice aforethought (...) as is required for a killing to amount to murder when not done in the course or furtherance of another offence.'

51 Niet vereist is dat de principal zich bewust is van het *dodingsgevaar* dat kleeft aan zijn feitelijke delictshandeling. Zo Ormerod 2011, p. 500.

52 'Inflicting grievous bodily harm' is strafbaar gesteld in de Offences Against the Person Act 1861, section 20: 'Whosoever shall unlawfully and maliciously (...) inflict any grievous bodily harm upon any other person, either with or without any weapon or instrument, shall be liable (...) to imprisonment for a term not exceeding five years.'

het slachtoffer (murder). Een eventuele veroordeling voor murder heeft een verstrekkend gevolg: de rechter is in dat geval *verplicht* om een ‘mandatory life sentence’ op te leggen, ongeacht het precieze schuldverwijt dat aan de principal wordt gemaakt.⁵³

Dezelfde structuur wordt aangetroffen bij *involuntary manslaughter*. Dit delict onderscheidt zich van murder wat betreft de lichtere mens rea-eis: ‘Where there is no intention to kill or cause grievous bodily harm the offence falls within the category of involuntary manslaughter.’⁵⁴ De maximumstraf die staat op involuntary manslaughter is een levenslange gevangenisstraf.⁵⁵ De volgende vormen worden wel onderscheiden:

- ‘(1) killing by conduct that [principal] knew involved a risk of killing or causing serious harm (“reckless manslaughter”);
- (2) killing by conduct that was grossly negligent given the risk of killing (“gross negligence manslaughter”);
- (3) killing by conduct taking the form of an unlawful act involving a danger⁵⁶ of some harm to the person (“unlawful act manslaughter”)⁵⁷

Het is onzeker welke reikwijdte dit delict precies heeft.⁵⁸ Voor een goed begrip van het onderstaande is enkel van betekenis dat een veroordeling voor manslaughter in beeld komt wanneer de mens rea van de principal ontoereikend is voor murder.

53 Zie Ormerod 2011, p. 500-501; Clarkson and Keating 2010, p. 506, i.h.b. nt. 4; Ashworth 2009, p. 240-243. In het kader van die mandatory life sentence heeft de rechter een beperkte mogelijkheid om het precieze schuldverwijt tot uitdrukking te brengen in de strafmaat. De straf bestaat uit drie componenten. De eerste is de zogenaamde *minimum term*, te weten de periode die de veroordeelde hoe dan ook achter de tralies verblijft. De rechter is bevoegd deze minimum term te bepalen. De wetgever heeft uitgangspunten geformuleerd die de rechter daarbij in acht moet nemen, variërend van een periode van 12 jaren tot een levenslange gevangenisstraf (zie Schedule 21 van de Criminal Justice Act 2003). Het precieze schuldverwijt dat de veroordeelde treft, kan dus door de rechter worden vertaald in de vaststelling van de minimum term. Op deze minimum term zijn de algemene regels van voorwaardelijke invrijheidsstelling – namelijk invrijheidsstelling na verloop van de helft van de opgelegde vrijheidsstraf – niet van toepassing (zo Ashworth 2009, p. 241-242). Als de minimum term is verstreken dan moet de rechter aan de hand van *considerations of public protection* – levert de veroordeelde een gevaar op voor de maatschappij? – bepalen of de veroordeelde in vrijheid zal worden gesteld. De derde component van de mandatory life sentence houdt in dat de veroordeelde na zijn invrijheidsstelling *on licence* blijft voor de rest van zijn leven.

54 Zie Ormerod 2011, p. 505. Daarnaast kent het Engelse recht de ‘*voluntary manslaughter*’. In dat geval heeft de principal de mens rea voor murder, maar is een mitigerende omstandigheid van toepassing (‘loss of self-control, diminished responsibility or killing in pursuance of a suicide pact’, aldus Ormerod op p. 505). De voluntary manslaughter komt in het onderstaande niet aan de orde.

55 Vgl. Ashworth 2009, p. 273.

56 Het criterium is in dit verband ‘whether a *reasonable person* [cursivering, AP] in the defendant’s shoes would appreciate that it was dangerous (Herring 2012, p. 271)’.

57 Law Commission 2006, 1.14.

58 Ormerod 2011, p. 539. In gelijke zin Simester, Spencer e.a. 2010, p. 402.

2.3 Accessories

2.3.1 Plaatsbepaling

De categorie accessories bestaat uit een bonte verzameling deelnemers: van een randfiguur die in Nederland wordt aangemerkt als medeplichtige (bijvoorbeeld hij die desgevraagd louter het moordwapen overhandigt) tot de organisator die in ons stelsel een pleger kan zijn (het uitdenken van het moordplan gekoppeld aan het rekruteren en instrueren van uitvoerders). In het Engelse stelsel zijn zowel randfiguur als organisator ‘accessory’: beiden zijn geen (mede)oorzaak van het delict.⁵⁹ Datzelfde geldt voor de participant in een joint criminal enterprise: in de heersende opvatting wordt deze secondary participator gerekend tot de groep accessories.⁶⁰ De uiteenzetting hieronder over de accessory is om die reden ook relevant voor de participant in een joint criminal enterprise.

Er bestaan een aantal belangrijke *materieelrechtelijke* verschillen tussen principal en accessory. Een eerste verschil is hiervoor al genoemd: de accessory is geen (mede)veroorzaker van het delict. De aansprakelijkheid van de accessory is een afgeleide van die van de principal: ‘the accomplice’s liability is flowing from the principal’s guilt’.⁶¹ Het karakter van *derivative liability* dat eigen is aan accessoryship, is een grondbeginsel van de Engelse deelnemingsregeling.⁶² Deze accessoriteitseis is inmiddels enigszins uitgekleed: de accessory kan aansprakelijk zijn voor een delict wanneer de principal zelf niet de mens rea heeft die is vereist voor dat strafbaar feit. Zo kan de accessory aansprakelijk zijn voor een *strafwaardiger* delict dan de principal (bijvoorbeeld ‘murder’ respectievelijk ‘manslaughter’).⁶³ Het is zelfs mogelijk dat de fysieke uitvoerder van het delict in het geheel niet strafbaar is.⁶⁴ De strafbaarheid van de accessory hangt dus maar ten dele af van die van de principal. Een tweede materieelrechtelijk verschilpunt

59 Zie paragraaf 2.2.1.

60 Uitgezonderd de participant in een joint criminal enterprise die *zelf* het delict (mede)veroorzaakt. Deze is principal of joint principal. Ik richt de aandacht echter op de participant in een joint criminal enterprise die *niet* geldt als (mede)veroorzaker van het delict. Deze jce-deelnemer is een ‘accessory’. Meer hierover in paragraaf 2.4.

61 Herring 2012, p. 895. Zie voor een voorbeeld Ormerod 2011, p. 186: ‘This derivative approach to secondary liability means that, with a murder for example, D may supply the weapon to P, who kills V, but it is not until that killing takes place (or is attempted) that D can be liable as an accessory.’

62 In die zin Ashworth 2009, p. 433 jo. 427–430.

63 Zie daarvoor Herring 2012, p. 895; Ashworth 2009, p. 426–427. Ashworth spreekt van een ‘move away from the derivative theory’, aangezien ‘the accomplice is liable although the (intended) higher offence was never committed, and so the accomplice’s liability cannot derive from such an offence.’

64 Zo Herring 2012, p. 895; Ormerod 2011, p. 234–236; Simester, Spencer e.a. 2010, p. 246–248. Vaak zal het in een dergelijk geval draaien om *innocent agency*: de uitvoerder wordt als willoos werktuig ingezet door de principal. In uitzonderingsgevallen komt in deze situatie *accessoryship* in beeld, bijvoorbeeld wanneer het gedragsbestanddeel zodanig is geformuleerd dat dit niet door de betreffende verdachte kan worden vervuld. Zo kan een vrouw geen principal zijn van het misdrijf ‘rape’ (verkrachting), omdat het gedragsbestanddeel bestaat uit het penetreren ‘with his penis’ (zie Sexual Offences Act 2003, section 1). Het accessoryship wordt in een dergelijk geval gebruikt om handelen te criminaliseren dat normaal gesproken strafbaar is op basis van de doctrine of innocent agency. Zie hierover ook Law Commission 2007, 4.6–4.7.

is dat voor de accessory andere *aansprakelijkheidsvoorwaarden* gelden – *actus reus* en *mens rea* – dan voor de principal.⁶⁵

De accessory wordt in *procedureel* opzicht echter gelijkgesteld met de principal, zo blijkt uit section 8 van de Accessories and Abettors Act 1861 (na amendement ingevolge de Criminal Law Act 1977):

‘Whosoever shall aid, abet, counsel, or procure [deze deelnemingsgedragen vervullen elk op zichzelf de *actus reus* van accessoryship, AP] the commission of any indictable offence, whether the same be an offence at common law or by virtue of any Act passed or to be passed, *shall be liable to be tried, indicted, and punished as a principal offender* [cursivering AP].’⁶⁶

Die gelijkstelling brengt in de eerste plaats mee dat de accessory aansprakelijk is voor het gehele grondfeit, *alsof* hij het strafbaar feit *zelf* heeft verwezenlijkt.⁶⁷ Een eventueel verschil in schuldverwijt tussen principal en accessory komt pas tot uitdrukking bij de straftoemeting, mits aan de rechter straftoemetingsvrijheid toekomt. Hiervoor bleek dat de rechter slechts een beperkte straftoemetingsvrijheid heeft bij een veroordeling voor murder, een delict dat binnen het verband van de joint criminal enterprise vaak onderwerp van onderzoek is.⁶⁸ In de tweede plaats leidt de procedurele gelijkstelling er toe dat, bij onzekerheid over de precieze betrokkenheid van de verdachte bij het grondfeit, de aanklager in zijn aanklacht *niet* hoeft te specificeren of de verdachte principalship ofwel accessoryship wordt verweten met betrekking tot het tenlastegelegde feit. In geval van een veroordeling mag het precieze verwijt in het midden blijven, zolang wordt vastgesteld dat de verdachte ten minste als accessory betrokken is geweest.⁶⁹

65 Zie paragraaf 2.3.2.

66 Ingeval van lichtere vergrijpen (summary offences) is een equivalent van deze bepaling van toepassing. Zie de Magistrates’ Courts Act 1980, section 44.

67 Zo Clarkson, Keating & Cunningham 2010, p. 506: ‘The approach taken by English law is to make those who help in the commission of the offences liable for the full crime. Such secondary parties are “liable to be tried, indicted and punished” *as if they had committed the crime themselves* [cursivering, AP].’ In gelijke zin Simester, Spencer e.a. 2010, p. 206.

68 De rechter is in dat geval bij een veroordeling verplicht om een mandatory life sentence op te leggen. Zie daarover paragraaf 2.2.3.

69 Die rechtsregel wordt afgeleid uit de beslissing van de Court of Appeal in *Gianetto* [1997] 1 Cr App R 1. In deze zaak werd in de aanklacht niet gespecificeerd of de verdachte eigenhandig zijn vrouw om het leven had gebracht (principal) dan wel dat hij met dat doel een huurmoordenaar had opgetrommeld (accessoryship). In eerste aanleg werd de verdachte veroordeeld voor murder, omdat hij verantwoordelijk werd gehouden voor de levensberoving van zijn vrouw. Die strafbaarheid berustte ofwel op het eigenhandig doden ofwel op het inschakelen van een huurmoordenaar. Lord Justice Kennedy overwoog dat het precieze verwijt – ‘principal’ of ‘accessory’ – in het midden mag worden gelaten: ‘(...) the trial judge was right not to direct the jury that before they could convict they must all be satisfied either that the appellant killed his wife or that he got someone else to do so. *They were entitled to convict if they were all satisfied that if he was not the killer he at least encouraged the killing* [actus reus van accessoryship, AP] (...).’ Wanneer meer duidelijkheid bestaat over verdachtes betrokkenheid, dan moet dat ook tot uitdrukking worden gebracht in de vervolging: ‘the charge should, wherever possible, specify whether the accused is alleged to have been the principal offender

2.3.2 Aansprakelijkheidsvoorwaarden

2.3.2.1 Actus reus

De actus reus van accessoryship bestaat uit een *deelnemingsgedraging* en de aanwezigheid van een *verband* tussen die gedraging en het door de principal gepleegde delict. Eerst worden de mogelijke deelnemingsgedragingen in kaart gebracht.

Hiervoor zijn de vier alternatieve deelnemingsgedragingen al zijdelings genoemd: aiding, abetting, counselling en procuring.⁷⁰ De taalkundige betekenis van *aiding* is ‘to “give help, support or assistance to”’.⁷¹ In strafrechtelijke zin gaat het om het verlenen van hulp aan de principal bij het plegen van een strafbaar feit. Bij *abetting* draait het om aanmoediging (encouragement).⁷² De betekenis van *counselling* is ‘to advise or solicit or encourage’.⁷³ De deelnemingsgedragingen ‘abetting’ en ‘counselling’ liggen zeer dicht tegen elkaar aan.⁷⁴ Bij *procuring* ten slotte, gaat het om de beïnvloeding van de principal; de accessory zet de principal aan tot het plegen van een delict (uitlokking).⁷⁵

De vier deelnemingsgedragingen worden wel gevat in het begrippenpaar ‘assisting’ (behulpzaamheid) en ‘encouraging’ (aanmoediging). De Law Commission geeft de voorkeur aan dit begrippenpaar boven de vier ‘technical terms’.⁷⁶ In het vervolg zal ook ik spreken van *assisting* en *encouraging* als aanduiding van de mogelijke deelnemingsgedragingen voor accessoryship. In de literatuur wordt geconstateerd dat bijzonder lage eisen worden gesteld aan het gewicht van de deelnemingsgedraging: ‘any contribution (...) seems to suffice for liability, no matter how small’.⁷⁷ Een voorbeeld biedt de zaak ‘Bryce’⁷⁸: het enkel transporteren van de principal naar een plek in de buurt van de plaats van afrekening was van voldoende gewicht voor accessoryship ten aanzien van murder.

Behalve het verrichten van een deelnemingsgedraging, is een *verband* vereist tussen die gedraging en het grondfeit. De accessory wordt immers aansprakelijk gehouden voor het resultaat van zijn deelneming: het door de principal gerealiseerde delict. Dit veronderstelt dat deelnemingsgedraging en grondfeit op

or an accessory (Ormerod 2011, p. 185)’.

70 Zie de in paragraaf 2.3.1 aangehaalde Accessories and Abettors Act 1861, section 8 (als bij amendement ingevolge de Criminal Law Act 1977).

71 Ormerod 2011, p.192 (met verwijzing naar *Oxford English Dictionary*).

72 Ormerod 2011, p.193 (met verwijzing naar *Oxford English Dictionary*).

73 Ormerod 2011, p.195.

74 Zie Ormerod 2011, p.193–194.

75 In die zin Simester, Spencer e.a. 2010, p. 214.

76 Zie Law Commission 2007, B. 31–32. De Law Commission citeert – met een slag om de arm wat betreft ‘procuring’ – instemmend J.C. Smith: ‘We still use the old language of aiding, abetting, counselling or procuring but these are technical terms. What they mean in practice is “assists or encourages”’.

77 Ashworth 2009, p. 415.

78 *Bryce* [2004] EWCA Crim 1231.

enige wijze met elkaar zijn verbonden.

In de heersende opvatting wordt nadrukkelijk gesteld dat niet is vereist dat een causaliteitsverband bestaat, in de zin dat de deelnemingsgedraging een noodzakelijke voorwaarde is (*conditio sine qua non*) voor het realiseren van het delict.⁷⁹ Die eis wordt verondersteld op gespannen voet te staan met het uitgangspunt dat ‘voluntary, willed human action’ de causale keten doorbreekt.⁸⁰ Accessories kunnen dus aansprakelijk worden gehouden in situaties waarin plan en voornemen om het grondfeit uit te voeren al bestaan bij de principal op het moment dat de accessory zijn deelnemingsgedraging verricht.⁸¹

Als een causaliteitsverband niet is vereist, welke verbinding moet er dan wél zijn tussen deelnemingsgedraging en grondfeit? Dat is alleen bij benadering helder. In de heersende opvatting wordt gesproken van ‘a connection’⁸² of ‘some link’⁸³ tussen die gedraging en het grondfeit. Daarvoor lijkt op zijn minst te zijn vereist dat die deelnemingsgedraging ‘some impact’⁸⁴ heeft op de verwezenlijking van het grondfeit; wanneer de accessory in het kader van murder een mes overhandigt (*assistance*) aan de principal, dan heeft het overhandigen van het mes ‘some impact’ als de principal het mes gebruikt bij die dodingshandeling, of deze zich bij die delictsuitvoering in ieder geval gesterkt weet door de aanwezigheid van dat mes.⁸⁵ Het lijkt er dus op neer te komen dat de deelnemingsgedraging een *bijdrage* moet leveren aan het door de principal gepleegde grondfeit.⁸⁶

Een aandachtspunt bij de *actus reus* is het *tijdstip* waarop de deelnemingsgedraging wordt verricht. De accessory moet zijn deelnemingsgedraging hebben gesteld vóórdat de principal het delict heeft ‘afgesloten’ (*‘concluded’*).⁸⁷ Als het delict is afgesloten, kan het verlenen van hulp aan de principal onder omstandigheden strafbaar zijn op een *andere* grondslag: *assistance after the offence*.⁸⁸ In het vorige hoofdstuk bleek in de Duitse rechtspraak met betrekking tot de vraag wanneer een delict is ‘afgesloten’, onderscheid te worden gemaakt tussen het ‘vollenden’ en ‘beenden’ van het strafbaar feit.⁸⁹ Het is onduidelijk hoe het Engelse recht zich daartoe verhoudt.

Volgens K.J.M. Smith is een fundamenteel uitgangspunt in het Engelse

79 Zie in deze zin over dat causaliteitsverband Ormerod 2011, p. 83.

80 De enige uitzondering betreft ‘procuring’ (uitlokking). Zie bijvoorbeeld Clarkson, Keating & Cunningham 2010, p. 511. Dit punt laat ik verder liggen.

81 Zo Ormerod 2011, p. 193.

82 Aldus de Court of Appeal in *Calhaem* [1985] 1 QB 808. Parker L.J. stelde in die zaak dat er ten minste ‘a connection’ moest zijn tussen de ‘counselling [deelnemingshandeling, AP] and the murder’.

83 Ormerod 2011, p. 193.

84 Law Commission 2007, 2.32.

85 Vgl. Law Commission 2007, 2.32–2.33.

86 Aldus concluderend Law Commission 2007, 2.32 en Simester, Spencer e.a. 2010, p. 215.

87 In die zin Ormerod 2011, p. 196.

88 Zie Criminal Law Act 1967, s 4 (1): ‘Where a person has committed an arrestable offence, any other person who, knowing or believing him to be guilty of the offence or of some other arrestable offence, does without lawful authority or reasonable excuse any act with intent to impede his apprehension or prosecution shall be guilty of an offence.’

89 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.5.2.

recht dat het verrichten van een deelnemingsgedraging na goedkeuring van een al verwezenlijkt delict – ‘ex post facto ratification’ – geen accessoryship oplevert.⁹⁰ Wie de principal enkel helpt bij het verbergen van het lijk, is op basis van die gedraging geen accessory van murder, ook al stemt hij achteraf in met die levensberoving.⁹¹ Dat wekt de indruk dat accessoryship niet meer mogelijk is op het moment dat de bestanddelen van het delict zijn vervuld (Vollendung). Ormerod constateert echter dat het Engelse recht met het oog op deze kwestie in ontwikkeling is. Zo is het in zijn ogen onhelder of sprake is van accessoryship ten aanzien van robbery (diefstal met geweld)⁹² als iemand, geconfronteerd met uit een bankgebouw komende gewapende overvallers, die overvallers helpt te vluchten door hen zitplaatsen aan te bieden in zijn auto.⁹³ Indien men in een casuspositie als deze komt tot accessoryship, dan lijkt de Engelse benadering op de benadering in de Duitse rechtspraak.⁹⁴ In het voorbeeld wordt de deelnemingsgedraging immers verricht nadat de robbery is ‘vullendet’; de overvallers hebben de wegnemings- en geweldshanddeling al verricht. In dat geval zou deelneming mogelijk zijn totdat het delict is ‘beendet’; dat wil zeggen: lijf en buit in veiligheid zijn gebracht.

2.3.2.2 *Mens rea*

De mens rea van de accessory is tweeledig: deze is betrokken op de deelnemingsgedraging en op het door de principal begane delict.

Ten aanzien van de *deelnemingsgedraging* is ‘intent’ vereist: ‘the accomplice must intend to do whatever acts of assistance or encouragement are done, and must be aware of their ability to assist or encourage the principal’.⁹⁵ De tweede component van de mens rea van de accessory is betrokken op het *delict*. Voor accessoryship wordt in dat verband een andere mens rea geëist dan voor principalship. De beslissing van de House of Lords in ‘Johnson v Youden’ wordt gezien als het ijkpunt. In die zaak overwoog Lord Goddard dat de accessory ‘must at least *know the essential matters* which constitute that offence [cursiveringen, AP]’.⁹⁶ Uit deze overweging volgt het type mens rea dat is vereist (‘knowledge’), en het object daarvan (‘essential matters’). Beide onderdelen worden hieronder in kaart gebracht, te beginnen met het tweede.

90 K.J.M. Smith 1991, p. 75 jo. 29–30.

91 Vgl. Ormerod 2011, p. 196.

92 Straftbaar gesteld in section 8 van de Theft Act 1968: ‘A person is guilty of robbery if he steals, and immediately before or at the time of doing so, and in order to do so, he uses force on any person or puts or seeks to put any person in fear of being then and there subjected to force.’

93 Zie Ormerod 2011, p. 196.

94 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.5.2.

95 Ashworth 2009, p. 415. Het gaat strikt genomen om dubbel opzet: ‘not only must [accessory] intend her actions, but she must also act with the intent thereby to aid, abet, counsel or procure (zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 220)’. Zie voor nuances Ormerod 2011, p. 202–206.

96 *Johnson v Youden* [1950] 1 KB 544.

a) Essential matters

De vraag wat de ‘essential matters’ zijn waarvan de accessory wetenschap moet hebben, wordt in de literatuur bediscussieerd naar aanleiding van de beslissing van de Court of Appeal in de zaak ‘Bainbridge’.⁹⁷

In deze zaak wordt de verdachte in eerste aanleg aansprakelijk gehouden voor accessoryship ten aanzien van een begane inbraak (burglary) in een bank in Stoke Newington. De verdachte wordt verweten dat hij de principal ‘oxygen-cutting equipment’ heeft geleverd met het oog op die *burglary*. In appèl houdt de verdachte echter vol dat hij enkel had vermoed dat de principal met behulp van dat gereedschap *something illegal* zou ondernemen, zonder dat hij zich een voorstelling had gemaakt van het concrete delict. De Court of Appeal hecht geen geloof aan dat verweer van de verdachte. De veroordeling wordt in stand gelaten. Het opmerkelijke is dat de Court of Appeal de in eerste aanleg gegeven overweging van de trial judge, dat is vereist dat de accessory ‘must know the *type of crime* that was in fact committed [cursivering, AP]’, als juist bestempelt.

Het draait om de interpretatie van ‘type of crime’. De overweging kan zo worden gelezen dat de accessory enkel wetenschap hoeft te hebben van de *soort* van het delict. In dat geval volstaat dat het door de principal verwezenlijkte delict in voldoende mate correspondeert met het feit dat door de accessory is voorzien.⁹⁸ Deze interpretatie is echter lastig te rijmen met het standaardcriterium uit *Johnson v Youden*: ‘can it really be said that where [accessory] does not even know the *precise crime* [cursivering, AP] that [principal] will commit he “knows the essential elements”?’⁹⁹ Tegen de achtergrond van *Johnson v Youden* wordt *Bainbridge* door de Law Commission dan ook anders begrepen. De Court of Appeal zou de reikwijdte van de knowledge-eis juist hebben willen *beperken*: het is onvoldoende dat de accessory slechts weet dat de principal ‘something illegal’ zal doen, want vereist is dat de accessory weet dat de principal *dit* delict zal realiseren (burglary).¹⁰⁰

In die lezing moet de accessory in ieder geval weten dat de principal de bewuste delictsbestanddelen – de actus reus en mens rea – zal vervullen.¹⁰¹ Een eerste aspect dat aandacht verdient, is dat de mens rea van de accessory zich moet uitstrekken tot de mens rea van de principal; de accessory bij murder dient bij het verrichten van zijn deelnemingsgedraging te weten dat de principal het slachtoffer met gbh-intent (mens rea) grievous bodily harm zal toebrengen. Deze stand van zaken wijkt af van de Nederlandse: het opzet van de deelnemer

97 *Bainbridge* [1960], 1 QB 129.

98 Die interpretatiemogelijkheid wordt bijvoorbeeld naar voren gebracht door Ormerod 2011, p. 209-211 en Wilson 2008, p. 16.

99 Ormerod 2011, p. 210.

100 Zie Law Commission 2007, B. 83-88, i.h.b. 85 jo. 88. Zo ook Simester, Spencer e.a. 2010, p. 230-231.

101 Zie Law Commission 2007, B. 82-100.

hoeft niet te zijn gericht op het delictsofzet van de pleger.¹⁰² Daarnaast moet een tweede aspect onder de aandacht worden gebracht. De regel dat de gehele *actus reus* wordt bestreken door de knowledge-eis leidt uitzondering bij een *constructive crime*, zoals het delict *murder*. In een dergelijk geval is het delictsgevolg geen *essential matter*, want onttrokken aan mens *rea* van principal én accessory.¹⁰³ In geval van *murder* hoeft de accessory zich de dood van het slachtoffer dus niet te hebben voorgesteld. De voorstelling dat de principal het slachtoffer *grievous bodily harm* toebrengt, volstaat.¹⁰⁴ De bestanddelen (*elements*) zijn dus in de regel *essential matters* van het delict, de concrete *vervullingswijze* daarvan ('the details of the act') – zoals tijd, plaats en slachtoffer – in beginsel niet.¹⁰⁵ In Bainbridge hoefde de verdachte bijvoorbeeld geen wetenschap te hebben van de omstandigheid dat de inbraak zou plaatsvinden bij de bank in Stoke Newington.

De knowledge-eis is dus betrokken op delictsbestanddelen, niet op de vervullingswijze daarvan. Niet alle problemen zijn daarmee van tafel. Wanneer een delictsommschrijving bestanddelen bevat die zich als *alternatieven* tot elkaar verhouden, is de accessory dan aansprakelijk als hij het ene alternatief voorziet, maar het andere wordt verwezenlijkt?

Het geldende recht geeft op dit punt geen uitsluitsel.¹⁰⁶ Een dergelijk vraagpunt kan zich wel voordoen, bijvoorbeeld bij *burglary*. De delictsommschrijving luidt: 'A person is guilty of burglary if (...) having entered any building or part of a building as a trespasser he *steals* or attempts to steal anything in the building or that part of it or *inflicts* or attempts to inflict on any person therein any *grievous bodily harm* [cursivering, AP].'¹⁰⁷ Hoewel de variant 'stelen' op zichzelf een volstrekt ander schuldverwijt inhoudt dan 'het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel', verhouden beide varianten zich tot elkaar als alternatieven in de context van *burglary*. Is de accessory aansprakelijk voor een 'gbh-burglary' wanneer hij enkel heeft voorzien dat de principal een 'steal-burglary' zal begaan? Ormerod vermoedt dat de accessory in dat geval strafbaar zal zijn, en wel voor de onvoorziene 'gbh-burglary'.¹⁰⁸ Dezelfde schrijver meent dat de accessory ook aansprakelijk is, wanneer hetzelfde type *burglary* *meerdere keren* zou worden gepleegd. Als de accessory zich voorstelt dat de principal met behulp van zijn oxygen-cutting equipment een 'steal-burglary' zal verwezenlijken – zonder dat

102 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.3.

103 Law Commission 2007, B. 95-99.

104 Nader over *murder* in paragraaf 2.2.3.

105 Als in de hoofdttekst bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 209; Wilson 2008, p. 16; Law Commission 2007, B. 89. De situatie is anders wanneer de accessory het oog heeft gehad op een bepaalde *vervullingswijze* van het grondfeit, bijvoorbeeld een specifiek slachtoffer. In dat geval kan de beoogde vervullingswijze daarmee verworden tot een *essential element*: de beoogde en feitelijke vervullingswijze moeten dan in voldoende mate met elkaar corresponderen. Zie over dit thema paragraaf 4.

106 Zo Ormerod 2011, p. 210.

107 Theft Act 1968, section 9 (1b).

108 Ormerod 2011, p. 210-211: '(...) he is probably guilty of burglary, because burglary was the crime he had in view – though this particular variety of burglary may be abhorrent to him.' Voorzichter Wilson 2008, p. 16 ('raises doubts'); Card, Cross & Jones 2012, p. 744 ('unresolved').

hij zich een voorstelling maakt van de hoeveelheid inbraken – dan is hij in de ogen van Ormerod aansprakelijk voor *alle* inbraken die de principal begaat: ‘once it is conceded that [accessory] need not know the details of any specific crime, it is difficult to see why he should be liable for any *one* crime of the type contemplated and not for *others* of that type [cursivering, AP].’¹⁰⁹ De omstandigheid dat het deelnemen aan pakweg vijf inbraken strafwaardiger is dan betrokkenheid bij één inbraak, maakt dat kennelijk niet anders.

Deze voorbeelden laten zien dat indien de accessory een in hoge mate onbepaalde wetenschap heeft van het criminele plan van de principal – hij voorziet niet veel meer dan dat de principal bepaalde delictsbestanddelen zal verwezenlijken, zonder dat de accessory wetenschap heeft van de vervullingswijze daarvan – zijn aansprakelijkheid ver reikt: elke *vervullingswijze* van het grondfeit komt dan voor zijn rekening (Bainbridge), terwijl hij wellicht ook aansprakelijk is voor én onvoorziene *alternatieve varianten* én een *cumulatie* van uitvoeringen van het grondfeit. Deze rechtsgevolgen lijken het karakter van accessoryship als afgeleide aansprakelijkheid (derivative liability) te accentueren: zodra de accessory wetenschap heeft van de essential matters van het grondfeit (delictsbestanddelen), dan is hij in beginsel strafbaar voor elke vervullingswijze die de principal kiest.

b) Knowledge

De accessory moet *wetenschap* (‘knowledge’) hebben van de essential matters, zo volgt uit de beslissing van de House of Lords in Johson v Youden. Strikt genomen kan men echter geen ‘wetenschap’ hebben van een gebeurtenis die in de toekomst plaatsvindt. Om die reden wordt ‘knowledge’ geïnterpreteerd als ‘*foresight*’; zo begrepen heeft de House of Lords willen eisen dat de accessory *voorziet* dat de principal het delict *zal* verrichten.¹¹⁰ Deze rechtsregel is echter in de lagere rechtspraak afgezwakt tot de eis dat de accessory ten minste de *mogelijke* verwezenlijking van het delict heeft voorzien.¹¹¹ Die lagere rechtspraak wordt wel als ‘inconsistent and unsatisfactory’ van de hand gewezen, mede omdat deze de door de House of Lords aangelegde maatstaf verruimt.¹¹² Desondanks heeft die veruiming inmiddels de status van geldend recht verkregen.¹¹³

109 Ormerod 2011, p. 210. Met een slag om de arm Card, Cross & Jones 2012, p. 744 jo. 746.

110 In die zin Simester, Spencer e.a. 2010, p. 226. In soortgelijke zin Law Commission 2007, B.101; K.J.M. Smith 1991, p. 169. Er is ook sprake van knowledge/foresight in situaties van ‘wilful blindness’. Dat zijn gevallen waarin de accessory ‘intentionally chooses not to inquire whether something is true because he has no real doubt what the answer is going to be. (...) the law will treat the defendant as having *actual knowledge* [cursivering, AP]. Zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 150 (jo. p. 226, nt. 141).

111 Zie daarover Ormerod 2011, p. 206–207; Law Commission 2007, 1.16 jo. 2.65 jo. B.117. Zowel Ormerod en de Law Commission wijzen onder meer op de beslissing van de Court of Appeal in *Blakely and Sutton v DPP* [1991] RTR 405 (‘might’). Meer over deze ‘foresight-test’ in paragraaf 2.4.2.2.

112 Zo bijvoorbeeld Law Commission 2007, B. 101, nt. 130.

113 Zo expliciet Baker 2012, p. 480 jo. 486.

Kortom, de accessory moet *intent* hebben met betrekking tot het verrichten van de deelnemingsgedraging. Met betrekking tot het door de principal gepleegde grondfeit is in common law een ‘knowledge-based approach’ ontwikkeld.¹¹⁴ Tegenwoordig volstaat dat de accessory de *kwade kans* heeft *voorzien* dat de principal het grondfeit realiseert.

2.4 Joint criminal enterprise

2.4.1 Contouren

De term ‘joint criminal enterprise’¹¹⁵ (hierna: ‘jce’) omvat in de meest ruime zin van het woord alle gevallen waarin ‘two or more people together embark on the commission of a criminal offence’.¹¹⁶ De basisvoorwaarde en kern van de jce is dat de jce-deelnemers een *gezamenlijk crimineel doel* nastreven, te weten het verwezenlijken van een *delict*. Het is op dit punt dat de jce zich onderscheidt van de joint-principal en de accessory; voor deze aansprakelijkheidsgronden is een gezamenlijk crimineel doel immers niet vereist.¹¹⁷ Deze eis is strikter dan in geval van medeplegen: voor medeplegen volstaat *voorwaardelijk opzet* op het grondfeit, een gezamenlijk crimineel *doel* wordt niet geëist.¹¹⁸ Het gezamenlijke criminele doel dat aan de basis ligt van de jce wordt in de literatuur en rechtspraak in verschillende bewoordingen tot uitdrukking gebracht: men spreekt van een ‘common intent/purpose’ of ‘agreement’ tussen twee of meer personen om een delict te plegen.¹¹⁹ De centrale positie die het gezamenlijk doel inneemt, kwam oorspronkelijk expliciet tot uitdrukking in de benaming van de aansprakelijkheidsfiguur: er werd niet gesproken over een ‘jce’, maar over de ‘doctrine of common purpose’.¹²⁰ In de heersende opvatting wordt de

114 Zie K.J.M. Smith 1991, p. 177 jo.150-153. Zie daarover ook Van Sliedregt 2012, p. 113-116. De schrijfter merkt op dat de ‘purpose-based approach’ heersend lijkt te zijn in de rechtspraak van de ‘federal courts’ in de Verenigde Staten van Amerika.

115 De joint criminal enterprise wordt met dezelfde betekenis ook wel ‘joint criminal venture’ (Law Commission 2007, 1.10) of ‘doctrine of common purpose’ (K.J.M. Smith 1991, hoofdstuk 8) genoemd.

116 Herring 2012, p. 862.

117 Zie voor de accessory K.J.M. Smith 1991, p. 218 (‘not an essential ingredient’). Zie voor joint principalship paragraaf 2.2.1.

118 Zie daarvoor hoofdstuk 1, paragraaf 5.2.2.

119 Law Commission 2007, 1.10. Zo ook Herring 2012, p. 862; Simester, Spencer e.a. 2010, p. 233; Virgo 2010, p. 8. In soortgelijke zin de Supreme Court bij monde van Lord Philips en Lord Judge in *Gnango* [2011] UKSC 59, punt 12-15 en eerder al Lord Bingham of Cornhill in de beslissing van de House of Lords in *Rahman* [2008] UKHL 45, punt 9.

120 Zo bijvoorbeeld K.J.M. Smith 1991, p. 209 e.v.; Virgo 2010 en Card, Cross & Jones 2012, p. 747-748. Tegenwoordig wordt de term ‘jce’ echter ook wel verstaan in een ruimere betekenis, namelijk als beschrijving van bepaalde casusposities waarin geen sprake is van een gezamenlijk doel (een regulier geval van accessoryship), of casus waarin alle jce-deelnemers in feite joint principals zijn (zie Ormerod 2011, p. 213-214). Dergelijke gevallen, die vallen buiten de oorspronkelijke definitie, laat ik buiten beschouwing. Mijn onderzoek is immers gericht op de aansprakelijkheid van een samenwerkende actor. Die samenwerking vooronderstelt een gezamenlijk doel. Ingeval van accessoryship en joint-principalship kan dat gezamenlijk doel ontbreken.

aansprakelijkheidsfiguur jce beschouwd als een *verschijningsvorm van accessoryship*. Dit heeft als consequentie dat de aansprakelijkheidscriteria voor accessoryship ook maatgevend zijn voor de jce-aansprakelijkheid; ten aanzien van elk delict waarvoor de jce-deelnemer strafbaar wordt gehouden, moet dus vaststaan dat die jce-deelnemer met ‘intent’ assistance/encouragement heeft geleverd aan zijn mededader én dat hij ‘foresight’ heeft ten aanzien van de kwade kans dat die mededader het delict zal begaan.

Het verschil met standaardgevallen van accessoryship is dat er bij jce-aansprakelijkheid ideaaltypisch ten minste twee delicten in het spel zijn: een ‘agreed offence’ en een ‘collateral offence’.¹²¹ De *agreed offence* vormt het gezamenlijke criminele doel van de jce-deelnemers. De jce-figuur heeft *geen* bijzondere betekenis met betrekking tot de aansprakelijkheid voor de *agreed offence*: er moet simpelweg zijn voldaan aan de voorwaarden voor accessoryship.¹²² Om die reden is niet verwonderlijk dat de jce-figuur het vaakst wordt toegepast en besproken in relatie tot de *collateral offence*; een aanvullend strafbaar feit dat door de mededader wordt verwezenlijkt in het kader van de uitvoering van de common purpose.¹²³ Bijvoorbeeld: de jce-deelnemer en zijn mededader plegen volgens plan een burglary (*agreed offence*) in het kader waarvan de mededader de huiseigenaar om het leven brengt (*collateral offence*). De jce-figuur normeert de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer voor die *collateral offence*.^{124/125}

Onder de parapluterm ‘jce’ gaan verschillende samenwerkingstypen schuil: van kleine tot grote samenwerkingsverbanden¹²⁶ en van een planmatige samenwerking (explicit agreement) tot stilzwijgend op elkaar afgestemd gedrag

121 De terminologie is afkomstig van de Law Commission (zie bijvoorbeeld Law Commission 2007, 3.42 en 3.46).

122 Zo uitdrukkelijk Virgo 2010, p. 7–8.

123 In die zin K.J.M. Smith 1991, p. 209. Met dezelfde strekking wordt ook wel gesproken van ‘parasitic liability’. Zo bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 215.

124 Aldus Virgo 2010, p. 8: ‘This situation, where [mededader] has departed from the common purpose and commits an additional offence, is the only one which should properly be designated “joint enterprise”, even though this is not an accurate description since the liability actually turns on there having been a *departure from the common purpose* [cursivering, AP].’

125 De aansprakelijkheidscriteria die met het oog daarop zijn ontwikkeld, worden (tegenwoordig) ook wel toegepast in gevallen waarin *geen* common purpose bestaat, maar de accessory enkel assistance/encouragement geeft ten aanzien van de *agreed offence* en de principal daarbovenop een aanvullend delict pleegt. Zie Ormerod 2011, p. 213–214, i.h.b. p. 214 onder (5). De zaak *Reardon* [1999], Crim LR 392 biedt een voorbeeld. De principal schoot twee slachtoffers neer, die hij naar een tuin sleepte. Daarop vroeg hij de accessory een mes te leen om daarmee één slachtoffer van het leven te beroven (het andere slachtoffer zou al zijn overleden). De accessory gaf zijn mes te leen (assistance). Achteraf bleek uit de sectie dat *beide* slachtoffers door messteken zijn overleden. De Court of Appeal achtte de accessory, *onder toepassing van de jce-aansprakelijkheidscriteria*, ook aansprakelijk voor de dood van het tweede slachtoffer (*collateral offence*). De aansprakelijkheidscriteria hebben dus klaarblijkelijk een breder toepassingsbereik dan enkel casus waarin wordt gehandeld op basis van een gezamenlijk crimineel doel.

126 In de zaak *Powell/English* [1999] AC 1 bestond de jce bijvoorbeeld uit drie personen. Er bestond een veel groter samenwerkingsverband in de onderliggende casus van *Rahman* [2008] UKHL 45: zeven tot vijftien personen vormden een jce.

bij een plotselinge geweldsescalatie (shared understanding).¹²⁷ Daarbovenop kan de objectieve bijdrage van de jce-deelnemers aan de totstandkoming en uitvoering van het gezamenlijk doel, sterk uiteenlopen: zowel randfiguren als voorttrekkers kunnen onder de jce-aansprakelijkheid vallen. Afgezet tegen het Nederlandse stelsel: zowel uitlokkers en medeplichtigen als medeplegers en de functionele pleger – het brein achter de schermen – gaan op in de jce-figuur, mits de actor niet geldt als (mede)veroorzaker van het delict.¹²⁸

2.4.2 Componenten

De centrale onderdelen van de jce komen (impliciet) terug in de volgende representatieve kenschets van de jce-aansprakelijkheid:

‘The core case of “joint enterprise liability” is where two parties, D1 and D2, have a *common purpose* to commit one crime, such as burglary [agreed offence, AP], and, *in the course of* committing that offence, D1 commits another offence, such as murder [collateral offence, AP]. D2 will be liable for [collateral offence] as a secondary party if he *foresaw that D1 might commit that offence with the necessary mens rea* [cursivering, AP].’¹²⁹

Ik besteed eerst aandacht aan de ‘common purpose’. Deze eis heeft betrekking op de strafbaarheid voor de *agreed* offence. Daarna breng ik de overige drie componenten in kaart: de precieze inhoud van de ‘foresight-test’, de collateral offence als ‘begeleitend risico’ (‘in the course of’) van de uitvoering van de common purpose en ten slotte de ‘voortzetting’ van de jce bij het voorzien van de kwade kans op een collateral offence. De laatste drie eisen hebben betrekking op de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer voor de *collateral* offence.

De verruiming van de jce-aansprakelijkheid schuilt in de *actus reus* ten aanzien van de collateral offence. Dat onderwerp wordt besproken in paragraaf 2.4.3.

2.4.2.1 Common purpose

Bij het schetsen van de contouren van de jce-aansprakelijkheid is al gebleken dat de common purpose-eis inhoudt dat de jce-deelnemer en zijn mededader het *gezamenlijk doel* hebben om het grondfeit – de *agreed* offence – te verwezenlijken. Die criminele intentie is essentieel: er moet sprake zijn van een ‘*unlawful* joint venture’.¹³⁰ Met het committeren aan een common purpose, verbindt de jce-

127 Zie Simester, Spencer e.a. 2010, p. 235; Law Commission 2007, A.18; *Mendez and Thompson* [2010] EWCA Crim 516, punt 20.

128 Zie paragraaf 2.2.1. De reden dat de jce-figuur een dergelijk groot bereik heeft, is dat enerzijds de categorie principals eng is gedefinieerd (enkel restrictief begrepen ‘veroorzakers’ van het delict), anderzijds is de minimumeis ten aanzien van de vereiste bijdrage voor de jce-figuur laagdrempelig (geen ‘wezenlijke bijdrage’ vereist).

129 Virgo 2010, p. 6.

130 Zo Privy Council in *Hui Chi-ming* [1992] AC 34 (54): ‘the accessory (...) must have foreseen the relevant offence (...) as a possible incident of the common *unlawful* enterprise [cursivering, AP] (...)’. In gelijke zin Lord Toulson in *Mendez and Thompson* [2010] EWCA Crim 516, punt 36-37. Als de

deelnemer zich aan zijn mededader: hij is onder voorwaarden aansprakelijk voor de delicten die zijn mededader realiseert in het kader van het criminele doel. De jce-deelnemer en zijn mededader vormen een collectief zolang de jce voortduurt en de jce-deelnemer zich niet rechtsgeldig heeft teruggetrokken uit de jce (withdrawal).¹³¹ Beide aspecten verdienen aandacht, te beginnen met het tweede.

Het geldende recht biedt maar beperkt houvast ten aanzien van de criteria die worden gesteld aan de *withdrawal*.¹³² Onomstreden is dat een ‘change of heart’ niet volstaat, de jce-deelnemer dient zijn terugtrekking met daden kracht bij te zetten.¹³³ Als de jce-deelnemer binnen redelijke grenzen al het mogelijke doet om de uitvoering van de agreed of collateral offence te voorkomen, dan heeft hij zich zonder meer op rechtsgeldige wijze teruggetrokken.¹³⁴ De poging om het delict te voorkomen is echter geen noodzakelijke voorwaarde voor een withdrawal. Voldoende lijkt te zijn dat de jce-deelnemer de gevolgen van zijn deelnemingsgedraging(en) tenietdoet. In geval van de jce betekent dit dat de jce-deelnemer zich moet ‘bevrijden’ van de criminele afspraak (agreement) met zijn mededader. De jce-deelnemer lijkt het gevolg van die afspraak teniet te doen wanneer hij *tijdig* – in ieder geval voor de delictsvoltooiing – en *kenbaar* voor zijn mededader afstand neemt van de jce.¹³⁵ De ratio daarvan is dat de mededader wordt *geacht* stilzwijgend steun te krijgen van de jce-deelnemer, zolang de eerste niet beter weet dan dat de laatste nog steeds participeert in de jce.¹³⁶ Wanneer de jce-deelnemer en zijn mededader bijvoorbeeld afspreken om een week later een gewapende overval te plegen (agreement), en de mededader verwezenlijkt die overval nadat de jce-deelnemer onverwacht niet is komen opdagen, dan is ook de jce-deelnemer aansprakelijk voor die gewapende overval (en eventuele door hem voorziene collateral offences): de jce-deelnemer ‘has not negated the effect of his agreement with [mededader] to take part in a joint criminal venture’.¹³⁷

common purpose tussen A en B bestaat uit het gezamenlijk bezoeken van een voetbalwedstrijd (lawful), dan kan A niet op basis van de jce-figuur verantwoordelijk worden gehouden voor de door hem voorziene kans op ‘hooliganism’ door B (het voorbeeld is ontleend aan Lord Toulson, punt 37).

131 Zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 234, onder (v) jo. 255-256.

132 In die zin Ormerod 2011, p. 236-237; Herring 2012, p. 889 (‘no hard and fast rules governing this area’). Niet alleen bestaat onzekerheid over de precieze criteria, ook bestaat twijfel over de vraag op welke grondslag een withdrawal een rechtssubject vrijwaart van aansprakelijkheid. Daarover Ormerod 2011, p. 237.

133 Zo Herring 2012, p. 888.

134 Zo Ormerod 2011, p. 238.

135 In die zin Simester, Spencer e.a. 2010, p. 255: ‘(...) the common purpose may be abandoned by [jce-deelnemers] communicating his withdrawal in an unequivocal and timely way.’ Zie ook Law Commission 2007, 3.60-3.66: de jce-deelnemer moet ‘*negate the effect of his agreement with [mededader] to take part in a joint criminal venture [cursivering, AP].*’

136 Aldus Law Commission 2007, 3.63. Mogelijk ligt de situatie anders bij een ‘spontaneous enterprise’. Zo nuancerend Toulson LJ in de beslissing van de Court of Appeal in *Stringer* [2011] EWCA Crim 1396, punt 53.

137 Law Commission 2007, 3.63. Dat wordt niet anders als óók was afgesproken dat de jce-deelnemer de vuurwapens zou aanleveren. Door niet te verschijnen heeft hij weliswaar het effect van die deelnemingshandeling geneutraliseerd (de mededader moet het stellen zonder die wapens), maar de

Bij gebreke van een withdrawal lijkt een totstandgekomen jce in beginsel *voort te duren*. De centrale vraag is: wanneer eindigt de jce? De jce wordt in ieder geval beëindigd als het gezamenlijke criminele doel is verwezenlijkt.¹³⁸ De vaststelling of dat doel is gerealiseerd dan wel of het nastreven daarvan voortduurt, kan echter lastige grensgevallen opleveren, bijvoorbeeld in situaties van spontaan oplopend groepsgeweld dat een korte onderbreking kent. De zaak ‘Mitchell’¹³⁹ biedt een voorbeeld.

In deze casus is de jce-deelnemer een van de aanstichters van een ruzie tussen haar groep en een ander gezelschap. Er ontstaat een handgemeen tussen beide groepen, waaraan ook de jce-deelnemer actief deelneemt. De jce is gericht op het toebrengen van letsel aan de leden van de andere groep. Vastgesteld kon worden dat de jce-deelnemer op dat moment de kwade kans heeft voorzien dat een van haar mededaders een murder zou begaan (voldaan aan de foresight-test). Aan de geweldstoepassing komt echter tijdelijk een eind, omdat leden van de jce het strijdtoneel verlaten en in een naburige woning op zoek gaan naar wapens. De jce-deelnemer neemt daaraan geen deel: zij speurt naar een schoen die zoek is sinds het handgemeen. De mededaders keren gewapend terug. Daarop treedt het tweede stadium van geweldstoepassing in, waaraan de jce-deelnemer geen bijdrage levert. In dat stadium verricht een van de mededaders een murder op een lid van de andere groep.

De verdediging stelt dat de jce is geëindigd op het moment dat de mededaders op zoek gingen naar wapens en de jce-deelnemer haar schoen probeerde terug te vinden. De Court of Appeal oordeelt echter dat de jce niet eindigde met de korte wapenstilte, en dat de jce-deelnemer zich in het korte tijdsverloop tussen beide geweldsstadia niet rechtsgeldig heeft teruggetrokken: ‘There was indeed ample evidence to find that she had played the leading role in starting the serious violence against the victims and by her continued presence had clearly not withdrawn from it.’¹⁴⁰ Aan deze beslissing wordt algemene geldingskracht toegekend: een onderbreking van geweld luidt alleen in *uitzonderlijke* gevallen het einde in van een jce.¹⁴¹

In ‘Mitchell’ was de jce-deelnemer actief betrokken bij het eerste uitvoeringsstadium van de jce. De vraag of de jce al dan niet voortduurde, vloeide voort uit het tijdsverloop tussen die eerste serie geweldshandelingen en de latere dodingshandelingen. Het tijdsverloop kan echter ook zijn gelegen tussen enerzijds het aangaan van de criminele afspraak en anderzijds de uitvoering daarvan door de mededader, zonder dat de jce-deelnemer een rechtstreekse bijdrage levert aan die uitvoering. In een dergelijk geval kan de jce geruime tijd blijven bestaan. Zo kan de jce volgens de Law Commission voortduren, ook als

gezamenlijke *afspraken* is niet herroepen; de mededader wordt dan geacht te zijn ondersteund door de jce-deelnemer. De jce-deelnemer is in dat geval ook aansprakelijk voor eventuele collateral offences die hij als kwade kans heeft voorzien.

138 Zie Simester, Spencer e.a. 2010, p. 256.

139 *Mitchell* [2008] EWCA Crim 2552, [2009] 1 Cr.App. R. 438.

140 Lord Justice Thomas, punt 28.

141 In die zin Baker 2012, p. 509: ‘A lull in violence should not be used to split what is in effect a continuing act of violence. Only in exceptional circumstances would a lull in violence be sufficient to sever proximate and sequential acts of violence.’

bijvoorbeeld een jaar verstrijkt tussen afspraak en uitvoering.¹⁴²

Wanneer de jce-deelnemer zich heeft verbonden aan de jce – en daarvoor is weinig nodig: het aangaan van een criminele afspraak volstaat – dan kan die jce dus in potentie zeer lange tijd voortduren. Het tijdsverloop tussen ofwel afspraak en uitvoering ofwel stadia van uitvoering lijkt niet snel in de weg te staan aan de voortduring van de jce.

2.4.2.2 Foresight-test

De tweede voorwaarde voor jce-aansprakelijkheid ten aanzien van de collateral offence is dat de jce-deelnemer de *kwade kans* heeft *voorzien* (foresight) dat de principal de collateral offence zal plegen. Afgezet tegen de common purpose lijkt deze maatstaf de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer te verruimen; de strafbaarheid rust slechts op ‘foresight’ ten aanzien van een kwade kans, een gezamenlijk ‘intent’ ten aanzien van de uitvoering van de collateral offence is niet vereist. Wanneer de blik echter wordt gericht op de historische ontwikkeling van de ‘doctrine of common purpose’, dan blijkt de foresight-test primair een *beperking* te zijn van een voorheen geobjectiveerde aansprakelijkheid voor collateral offences.¹⁴³ Voor een goed begrip wordt de aandacht eerst kort gericht op die ontwikkeling, waarna de foresight-test nader in kaart wordt gebracht.

K.J.M. Smith stelt dat de doctrine of common purpose in het verleden in de meeste gevallen lijkt te zijn toegepast in gevallen waarin de collateral offence bestaat uit het delict murder.¹⁴⁴ Die nauwe verbondenheid tussen de jce-figuur en murder, maakt dat het bereik van de jce-aansprakelijkheid wordt beïnvloed door de aard van dit delict. Lange tijd werd de aansprakelijkheid van de *principal* genormeerd door de zogenaamde ‘*felony-murder rule*’, op basis waarvan deze zonder meer aansprakelijk werd gehouden voor murder ingeval hij een dodelijk slachtoffer maakte in het kader van de uitvoering van een voorgenomen misdrijf (felony): ‘an intention to commit the felony (...) was a sufficient mens rea where death resulted’.¹⁴⁵ De aansprakelijkheid voor murder is geobjectiveerd, want een afgeleide van de aansprakelijkheid voor het voorgenomen, lichtere delict.¹⁴⁶

142 Zo Law Commission 2007, 3.160–161. De commissie geeft het volgende voorbeeld: ‘D and P hatch a plot to harm V. D writes P a letter urging P to burn down V’s house. P puts the letter away in a drawer. A year later, brooding on the contents of the letter, P is moved to commit the offence that D encouraged him to commit. (...) there are strong grounds for the tribunal of fact to find that D is liable for the offence that P commits.’

143 K.J.M. Smith beschrijft met de nodige slagen om de arm – ‘early reports too often offer interpretational problems’ – de ontwikkelingsgang van de doctrine of common purpose. Uit die beschrijving volgt dat de aansprakelijkheidsvoorwaarden voor de jce-deelnemer ten aanzien van de collateral offence aanvankelijk *geobjectiveerd* waren. Later is daarvoor de *subjectieve* foresight-test in de plaats gekomen. Zie K.J.M. Smith 1991, p. 209–222. Het citaat is te vinden op p. 210.

144 K.J.M. Smith 1991, p. 210.

145 Ormerod 2011, p. 499. Mogelijk heeft de toepassing van deze vorm van constructive liability zich beperkt tot gevallen waarin het voorgenomen misdrijf van voldoende ernst was, zoals ‘robbery’ of ‘rape’, aldus Ormerod.

146 Zo Ashworth 2009, p. 248.

Diezelfde regel werd op overeenkomstige wijze toegepast op de *jce-deelnemer*: deze was *onverkort* aansprakelijk voor een ‘collateral murder’, wanneer de dood van het slachtoffer het product was van de uitvoering van de common purpose.¹⁴⁷ De felony-murder rule is afgeschaft met de invoering van de Homicide Act 1957.¹⁴⁸

Sommige schrijvers uit de 19^e- en begin 20^e-eeuw zijn vermoedelijk van oordeel geweest dat de felony-murder rule te ver ging. Deze auteurs vonden – soms met een beroep op de common law – dat de aansprakelijkheid voor collateral offences afhankelijk was of zou moeten zijn van een ‘*objective probable consequence test*’¹⁴⁹: de secondary party zou enkel aansprakelijk moeten zijn voor een door de mededader gepleegde collateral offence, als die collateral offence mocht worden beschouwd als een “probable consequence” van de uitvoering van de common purpose.¹⁵⁰ In de loop van de 20^e eeuw is ook deze geobjectieerde maatstaf van het toneel verdwenen.¹⁵¹ Een waarschijnlijke verklaring daarvoor is dat enerzijds de House of Lords in 1950 in de zaak Johnson v Youden bepaalde dat de accessory ‘knowledge’ moest hebben van het door de principal gepleegde delict (een zuiver *subjectieve* maatstaf)¹⁵², terwijl anderzijds de Homicide Act 1957 een einde maakte aan de felony-murder rule: die afschaffing ‘may have been taken as indicative of the formal discrediting of the most unacceptable manifestations of constructive liability, so making probable consequence liability in complicity visibly anomalous.’¹⁵³

De aanvankelijk geobjectieerde aansprakelijkheid voor de collateral offence die tot uitdrukking kwam in de ‘felony-murder rule’ respectievelijk ‘probable consequence test’, is verruild voor een strengere *subjectieve* maatstaf.¹⁵⁴ Dit subjectieve criterium komt naar het schijnt voor het eerst tot uitdrukking in de beslissing van de Privy Council in de strafzaak ‘Chan Wing-siu’.¹⁵⁵ In deze

147 In die zin K.J.M. Smith 1991, p. 217–218: ‘Use of the language and concept of common purpose facilitated the application of the felony-murder rule to complicity. Common purpose terminology tends to encourage the imputation of the principal’s *mens rea* to the accessory by equating a joint primary objective with accessorial *mens rea* in respect of any collateral offence of the principal committed “in pursuance of the common purpose”’. Zie ook p. 211 jo. 214.

148 Section 1 luidt: ‘Where a person kills another in the course or furtherance of some other offence, the killing shall not amount to murder unless done with the *same malice aforethought* (express or implied) as is required for a killing to amount to murder when not done in the course or furtherance of another offence [cursivering, AP].’

149 Zie K.J.M. Smith 1991, p. 211–218 en kort Ormerod 2011, p. 228.

150 Zo Ashworth 2009, p. 422 (met verwijzing naar Stephen). Vaak werd die aansprakelijkheidsregel opgevat als te zijn beperkt tot ‘accessories before the fact’ (counselling en procuring). In die zin K.J.M. Smith 1991, p. 212.

151 In de Verenigde Staten leeft de ‘objective probable consequence test’ in sommige staten tot op heden voort (de zogenaamde ‘Pinkerton-rule’). Die Pinkerton-rule begrenst de aansprakelijkheid van conspiracy: de conspirator is aansprakelijk voor alle delicten die een ‘probable consequence’ zijn van de conspiracy. Zie daarover Simester 2006, p. 598, nt. 90.

152 Zie daarvoor paragraaf 2.3.2.2.

153 Aldus K.J.M. Smith 1991, p. 213–214.

154 Vgl. Ormerod 2011, p. 228.

155 *Chan Wing-siu* [1985] AC 168.

zaak hebben de jce-deelnemer en zijn mededaders afgesproken om een ‘robbery’ te plegen (agreed offence). Allen zijn gewapend met een mes, naar eigen zeggen enkel ter bedreiging van het slachtoffer. In het kader van de uitvoering van deze gewapende overval wordt de beroofde doodgestoken; murder (collateral offence). Onzeker blijft wie van de drie het slachtoffer de fatale messteek heeft toegebracht. De kernvraag is of en, zo ja, onder welke voorwaarden de jce-deelnemers aansprakelijk kunnen worden gehouden voor murder. De Privy Council houdt de in eerste aanleg gegeven veroordeling voor murder in stand. Sir Cooke overweegt:

‘The case must depend rather on the wider principle whereby a secondary party is criminally liable for acts by the primary offender of a type which the former foresees but does not necessarily intend. That there is such a principle is not in doubt. It turns on *contemplation* or putting the same idea in other words, *authorisation*, which may be express or is more usually implied. *It meets the case of a crime foreseen as a possible incident of the common unlawful enterprise*. The criminal culpability lies in participating in the venture with that foresight [cursivering, AP].’¹⁵⁶

Helder is dat Sir Cooke een *subjectieve* mens rea-eis op het oog heeft gehad.¹⁵⁷ Die eis strekt zich niet alleen uit tot ‘murder’, maar ook tot gevallen waarin de collateral offence bestaat uit een ander strafbaar feit.¹⁵⁸ Welke inhoud Sir Cooke heeft willen geven aan deze eis is echter niet onmiddellijk duidelijk. Sir Cooke omschrijft de mens rea immers in verschillende bewoordingen: ‘authorisation’, ‘contemplation’ en ‘foresight’. Met het ‘goedkeuren’ (authorisation) van een handeling van de mededader wordt de lat hoger gelegd dan bij het enkel ‘voorzien’ (foresight) daarvan.¹⁵⁹ De onzekerheid is weggenomen door de beslissing van de House of Lords in ‘Powell and English’.¹⁶⁰ In deze beslissing bevestigt de House of Lords de rechtsregel uit Chan Wing-siu, en laat de House of Lords er geen misverstand over bestaan dat ‘contemplation’ of ‘foresight’ volstaat. Lord Hutton overweegt: ‘There is (...) a strong line of authority that participation in a joint criminal enterprise with *foresight or contemplation* [cursivering, AP] of an act as a possible incident of that enterprise is sufficient to impose criminal liability for that act carried out by another participant in the enterprise.’ In het geldende

156 In gelijke zin de latere beslissing van de Privy Council in *Hui Chi-ming* [1992] AC 34 (54): ‘the accessory, in order to be guilty, must have foreseen the relevant offence which the principal may commit *as a possible incident of the common unlawful enterprise* and must, with such foresight, still have participated in the enterprise.’

157 Voor zover dat al niet volgt uit de gecursiveerde maatstaf, Sir Cooke stelt dat ook expliciet: ‘The test of mens rea here is subjective. It is what the individual accused in fact contemplated that matters.’

158 Zo Law Commission 2007, B. 123; Lord Bingham of Cornhill in *Rahman* [2008] UKHL 45, punt 8.

159 Vgl. het voorbeeld van Simester, Spencer e.a. 2010, p. 237: ‘Suppose [jce-deelnemer] participates in a burglary knowing [mededader] has both a knife and a propensity for violence. [jce-deelnemer], however, makes it clear to [mededader] that she is opposed to his using the knife. If [mededader], confronted during the burglary, stabs his victim, the stabbing is foreseen but unauthorised.’

160 *Powell/English* [1999] 1 AC 1. In gelijke zin *Rahman* [2008] UKHL 45.

recht is de toetssteen dus ‘foresight’ of, met dezelfde betekenis, ‘contemplation’.¹⁶¹

De vereiste foresight is gericht op de collateral offence. Gelijk de accessory is de mens rea van de jce-deelnemer betrokken op de *essential matters* – kortweg alle subjectieve en objectieve bestanddelen – van het delict van de principal;¹⁶² vereist is dus dat de jce-deelnemer voorziet dat de principal mogelijk – met de door het delict vereiste mens rea – de collateral offence zal realiseren.¹⁶³ Voldoende is dat de jce-deelnemer de *reële kans* (‘realistic possibility’) voorziet dat zijn mededader de collateral offence begaat.¹⁶⁴ Het gaat daarbij om een niet nader bepaalde statistische kans. Voor een ‘realistic possibility’ moet de kans in ieder geval groter zijn dan een ‘negligible risk’¹⁶⁵, maar die kans hoeft niet de graad van ‘probability’ te hebben¹⁶⁶. De graadmeter is de door de jce-deelnemer *gepercipieerde* mogelijkheid.¹⁶⁷ De foresight-test heeft een grotere reikwijdte dan voorwaardelijk opzet: de foresight-test kent immers in tegenstelling tot voorwaardelijk opzet geen aanvaardingscomponent. Het kansbegrip van de foresight-test (realistic possibility) lijkt niet wezenlijk te verschillen van de voor voorwaardelijk opzet vereiste ‘aanmerkelijke kans’.

2.4.2.3 Collateral offence is begeleidend risico

Het is standaardrechtspraak dat de collateral offence moet zijn verbonden met de uitvoering van de common purpose.¹⁶⁸ De jce-deelnemer is aansprakelijk voor alle door hem voorziene *begeleidende risico’s*: ‘(...) the execution of the common purpose – including its foreseen attendant risks – is a package deal.’¹⁶⁹ Dit verband tussen de uitvoering van de common purpose en de collateral offence wordt wel het ‘scope of the venture principle’ genoemd.¹⁷⁰ De jce-deelnemer is dus gevrijwaard van aansprakelijkheid voor een collateral offence die hij weliswaar

161 Aldus ook Ormerod 2011, p. 216; Simester, Spencer e.a. 2010, p. 235-236.

162 Zie paragraaf 2.3.2.2.

163 Zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 235; Law Commission 2007, B. 79-100.

164 In die zin Law Commission 2007, 3.148. In gelijke zin Ormerod 2011, p. 216; Simester, Spencer e.a. 2010, p. 236. Zo ook Lord Bingham of Cornhill in *Rahman* [2008] UKHL 45, punt 11; Lord Hutton in *Powell/English* [1999] AC 1.

165 Aldus Clarkson, Keating & Cunningham 2010, p. 525; Law Commission 2007, 3.135.

166 In die zin Clarkson, Keating & Cunningham 2010, p. 525; Simester, Spencer e.a. 2010, p. 236, nt. 203. Sullivan heeft wel verdedigd dat die kans op zijn minst ‘probable’ zou moeten zijn, en misschien wel ‘highly probable’. Alleen dan zou er in de ogen van de schrijver sprake zijn van een ‘sufficient link’ tussen de ‘culpability’ van de jce-deelnemer en de collateral offence van de mededader. Zie Sullivan 1994, p. 262.

167 Zo uitdrukkelijk Lord Hutton in *Powell/English* [1999] AC 1 (ten aanzien van de collateral offence ‘murder’): ‘the secondary party is subject to criminal liability if he contemplated the act causing the death as a possible incident of the joint venture, unless the risk was so remote that the jury take the view that the secondary party genuinely dismissed it as altogether negligible [cursivering, AP]’. In gelijke zin Law Commission 2007, 3.146.

168 Deze eis wordt gesteld in *Chan Wing-siu* [1985] AC 168 en *Hui Chi-ming* [1992] AC 34, welke beslissingen door de House of Lords worden onderschreven in *Powell/English* [1999] AC 1 en *Rahman* [2008] UKHL 45.

169 Simester 2006, p. 599. In gelijke zin Baker 2012, p. 487 (‘associated risks’).

170 Ormerod 2011, p. 217.

als kwade kans heeft voorzien, maar welke onvoldoende verband houdt met de uitvoering van het gezamenlijke criminele doel. De collateral offence moet voortkomen uit het nastreven van de common purpose: 'By offering allegiance to the enterprise, [jce-deelnemer] implicitly condones its furtherance. It is appropriate, where she does so, to extend liability to the crimes that *grow out of that wrong* [cursivering, AP]'.¹⁷¹ Als de jce-deelnemer en zijn mededader volgens afspraak een woninginbraak uitvoeren (agreed offence), waarbij de mededader zoals voorzien door de jce-deelnemer de bewoner om het leven brengt (collateral offence), dan is de wijze waarop die levensberoving zich verhoudt tot de inbraak bepalend voor de vraag of het een begeleidend risico van de jce betreft. Er zal waarschijnlijk sprake zijn van een voldoende verband tussen de collateral offence en de common purpose als deze levensberoving plaatsvindt ter vergemakkelijking van de inbraak, bijvoorbeeld om ontdekking te voorkomen of de vlucht mogelijk te maken.¹⁷² Grensgevallen zijn denkbaar: 'What of the case where [mededader] kills a sleeping householder out of pure malice. (...) Is [mededaders] murder "in the course of" the burglary?'.¹⁷³

Hoewel het voorbeeld illustreert dat de maatstaf zich lastig laat begrenzen, is het ijkpunt helder: beslissend is of de collateral offence zich laat duiden als begeleidend risico van de uitvoering van het gezamenlijke criminele doel.

2.4.2.4 Voortzetten participatie in jce

Ten slotte is vereist dat de jce-deelnemer zijn participatie in de jce voortzet, nadat hij de kwade kans op de collateral offence heeft voorzien.¹⁷⁴ In dat geval heeft de jce-deelnemer zich verbonden ('associated') met de door hem voorziene collateral offence.¹⁷⁵ De eis van 'voortzetting' lijkt weinig om het lijf te hebben; in aanvulling op de common purpose hoeft de jce-deelnemer in ieder geval geen directe bijdrage te leveren aan de verwezenlijking van de collateral offence.¹⁷⁶ In

171 Simester 2006, p. 600. In soortgelijke zin Buxton 2009, p. 238 jo. 241 en, zo lijkt het Ormerod 2011, p. 217 ('in furtherance of'). Zie daarover ook Herring 2012, p. 862; Ormerod 2011, p. 217; Law Commission 2007, 3.53 jo. 3.153-164.

172 Zo Ormerod 2011, p. 217.

173 Dat is volgens Ormerod betwifelbaar. Zie Ormerod 2011, p. 217.

174 Dat komt in het geldende recht tot uitdrukking in *Chan Wing-siu* [1985] AC 168; *Hui Chi-ming* [1992] AC 34 en meer recentelijk in *A and Others* [2010] EWCA Crim 1622, bij monde van Hughes L.J. (punt 27): '(...) the liability of [jce-deelnemer] (...) rests (...) on his having *continued* in the common venture of [agreed offence] when he realises (even if he does not desire) that [collateral offence] may be committed in the course of it [cursivering, AP]'. Deze overweging is bevestigd door Lord Phillips en Lord Judge in de beslissing van de Supreme Court in *Gnango* [2011] UKSC 59, punt 14. In soortgelijke zin Simester, Spencer e.a. 2010, p. 234 jo. 255-256.

175 Vgl. de overweging van Hughes L.J. in *A and Others* [2010] EWCA Crim 1622, punt 27. Nadat Hughes L.J. de voorwaarden voor jce-aansprakelijkheid heeft uiteengezet, schrijft Hughes met het oog op de collateral offence 'murder': 'Where [collateral offence] is murder, that means that [jce-deelnemer] can properly be held guilty if he foresees that [mededader] will cause death by acting with murderous intent (...). [Jce-deelnemer] has associated himself with a foreseen murder [cursivering, AP]'. Deze overweging wordt onderschreven door Lord Phillips en Lord Judge in *Gnango* [2011] UKSC 59, punt 14.

176 Zie nader paragraaf 2.4.3.

wezen lijkt de eis *negatief* te zijn: als de lage drempel voor participatie in een jce is overschreden, dan duurt die participatie voort zolang de jce-deelnemer zich niet rechtsgeldig heeft teruggetrokken uit die jce (withdrawal).¹⁷⁷

2.4.3 Verschijningsvorm van accessoryship

De functie van de jce-aansprakelijkheid is vooral gelegen in de bewijsrechtelijke voordelen die de figuur biedt: in situaties waarin vaststaat dat *één* van de samenwerkenden het delict heeft gepleegd maar niet is vast te stellen *wie*, dan kunnen alle samenwerkenden op basis van hun participatie in de jce aansprakelijk worden gehouden voor dat grondfeit.¹⁷⁸

In de literatuur woedt een debat over de vraag hoe de participatie in een jce zich verhoudt tot accessoryship. In de heersende opvatting wordt de jce-figuur geduid als een *verschijningsvorm van accessoryship*. Dit houdt in dat de jce-aansprakelijkheid wordt beheerst door de regels voor accessoryship; voor de jce-deelnemer gelden dezelfde *actus reus* en *mens rea*.¹⁷⁹ De aanhangers van deze zienswijze stellen dat de jce-aansprakelijkheid enkel uit oogpunt van *bewijsvoering* verschilt van standaardgevallen van accessoryship: met het vaststellen van een ‘common purpose’ is het bewijs geleverd dat de jce-deelnemer ‘assistance’ of ‘encouragement’ heeft geleverd ten aanzien van de *collateral offence*: ‘The only peculiarity of joint enterprise cases is that, once [jce-deelnemer] has been shown to be aiding, abetting, counselling or procuring [mededader] in the commission of crime X, there is *no need to look further for evidence of assisting and encouraging in relation to crime Y* [cursivering, AP].’¹⁸⁰ Kortom: ook de jce-deelnemer moet een bijdrage hebben geleverd aan elk gepleegd delict, maar diens bijdrage aan de *collateral offence* kan worden *afgeleid* uit de omstandigheid dat de jce-deelnemer zich heeft verbonden aan een gezamenlijk crimineel doel.¹⁸¹

Er zijn echter schrijvers die stellen dat de jce-aansprakelijkheid een bijzonder geval is van secondary participation dat moet worden onderscheiden van accessoryship.¹⁸² Deze schrijvers claimen dat de jce-aansprakelijkheid *niet* wordt beheerst door de algemene regels voor accessoryship – waarin de common purpose dus niets meer is dan een verschijningsvorm van assisting of encouragement. De jce-figuur criminaliseert juist gedrag in situaties waarin *niet* kan worden vastgesteld dat iemand heeft *bijgedragen* aan de *collateral offence*: ‘Its conduct element is indisputably distinct, because there is no direct assistance

¹⁷⁷ Zie paragraaf 2.4.2.1.

¹⁷⁸ Zo Law Commission 2007, 2.6; Sullivan 1994, p. 262.

¹⁷⁹ Zo bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 238-230; Buxton 2009, p. 243-244 jo. 238. Deze benadering wordt expliciet onderschreven door de Court of Appeal in *Mendez and Thompson* [2010] EWCA Crim 516, punt 17.

¹⁸⁰ Ormerod 2011, p. 229.

¹⁸¹ De *collateral offence* ‘can always be traced back to the initial agreement, and, therefore, the initial encouragement’. Aldus de Law Commission ter beschrijving van de heersende benadering. Zo Law Commission 2007, 3.55.

¹⁸² Zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 242-244; Simester 2006, p. 592-593, 598-600.

or encouragement of the collateral offending.’¹⁸³ In deze zienswijze wordt het voor onjuist gehouden om de common purpose te waarderen in termen van assistance/encouragement: de *grondslag* is gelegen in die *common purpose*. Deze common purpose ‘opens a wider door to liability’; de aansprakelijkheid voor collateral offences die zijn begaan in het kader van de uitvoering van de common purpose.¹⁸⁴ Het is dus deze common purpose die de jce-deelnemer verbindt aan de door zijn mededader verrichte delicten – ‘agreed’ dan wel ‘collateral’. Kortom: de actus reus bestaat uit het zich verbinden aan een gezamenlijk crimineel doel. Het is misleidend en onjuist om die actus reus te vertalen in termen van assistance/encouragement.

Het verschil tussen beide opvattingen betreft dus de *actus reus* met betrekking tot de collateral offence. De Law Commission constateert dat het verschil in opvatting niet leidt tot wezenlijk afwijkende aansprakelijkheidsresultaten.¹⁸⁵ Die uitkomst ligt voor de hand, omdat de actus reus ten aanzien van collateral offences in beide benaderingen geen aansprakelijkheidsbeperkende functie heeft: in de heersende opvatting is de formeel vast te stellen bijdrage aan de collateral offence immers zonder meer afleidbaar uit de common purpose, terwijl de aanhangers van het minderheidsstandpunt in het geheel geen actus reus vereisen. Het verschil schuilt enkel in de dogmatische verklaring voor het ontbreken van een bijdrage aan de collateral offence. Het is waarschijnlijk dat de jce-aansprakelijkheid ook in de komende tijd conform de heersende opvatting zal worden begrepen als een verschijningsvorm van accessoryship. Weliswaar heeft de Law Commission in 2007 in het rapport ‘Participation in Crime’¹⁸⁶ de wetgever geadviseerd om een deelnemingsregeling te codificeren en daarin de jce-aansprakelijkheid scherp te onderscheiden van accessoryship,¹⁸⁷ maar de regering heeft dat voorstel op de lange baan geschoven.¹⁸⁸ De heersende

183 Baker 2012, p. 486. In die zin ook Sullivan 2008, p. 19, i.h.b. nt. 5. De bewijssprong dat assistance/encouragement ten aanzien van de agreed of collateral offence kan worden afgeleid uit de common purpose, waarderen zij als een juridische fictie. Zie daarvoor Law Commission 2007, 3.42-3.43, 3.49-3.50, 3.56. Vgl. ook Krebs 2010, p. 593.

184 In die zin Simester, Spencer e.a. 2010, p. 243-244.

185 Aldus Law Commission 2007, 3.56.

186 Law Commission 2007.

187 De Law Commission stelt voor een hogere gradatie *mens rea* te eisen voor accessoryship dan wordt gedaan in de lagere rechtspraak (zie Law Commission 2007, p. 3.70 jo. 3.117-122 en paragraaf 2.3.2.2). In geval van jce-aansprakelijkheid blijft de huidige mens rea-eis gehandhaafd (aldus Law Commission 2007, 3.151 jo. 123-150 jo. 167-169). Daarmee geldt in het voorstel van de commissie een lichtere mens rea-eis voor jce-aansprakelijkheid dan voor accessoryship. De eigenstandige positie van de jce-aansprakelijkheid komt ook tot uitdrukking bij de *actus reus*: in geval van accessoryship zou die actus reus moeten bestaan uit ‘assistance/encouragement’ (Law Commission 2007, A.6 jo. 3.9-41), bij jce-aansprakelijkheid zou een ‘agreement’ moeten volstaan (Law Commission 2007, 3.59 jo. 3.42-58).

188 Begin 2012 heeft de House of Common Justice Committee aan de regering verzocht om op basis van het rapport van de Law Commission in ieder geval de jce-aansprakelijkheid te codificeren (zie House of Common Justice Committee 2012a, p. 18). In reactie daarop heeft de regering laten weten voorlopig niet tot wetgeving over te gaan. Zie daarover House of Common Justice Committee 2012b, p. 2: ‘At this stage, therefore, we will not be accepting the Committee’s recommendations in

benadering is na het verschijnen van dat rapport onder meer bevestigd in de beslissing van de Court of Appeal in 'Mendez and Thompson'.¹⁸⁹ Blijft staan dat voor de aansprakelijkheid ter zake van een collateral offence feitelijk geen *directe bijdrage* is vereist. In wezen betreft het dus wel degelijk een verruiming van het aansprakelijkheidsbereik van accessoryship.

2.4.4 Voorstel Law Commission: herijking joint criminal enterprise

In het rapport 'Participation in Crime' breekt de Law Commission met de heersende opvatting door de jce-aansprakelijkheid als een zelfstandige aansprakelijkheidsgrondslag aan te merken. Dat is niet het enige: de Law Commission verdedigt ook een verruiming van de jce-figuur ten opzichte van het oorspronkelijke concept – gebaseerd op een common purpose. Die verruiming betreft twee onderdelen.¹⁹⁰ In de eerste plaats wordt de 'common purpose' als centraal onderdeel losgelaten ten faveure van een 'agreement'. In de tweede plaats geeft de Law Commission in de context van collateral offences een aanmerkelijk ruimere invulling aan het 'begeleidende risico' dan wordt gedaan in de heersende benadering. Ik sta stil bij beide verruimingen.

De Law Commission bepleit dat de enkele criminele *agreement* tussen de jce-deelnemers – een gedeeld crimineel *doel* is dus niet vereist – om een delict te begaan zou moeten volstaan.¹⁹¹ De centrale rol die aan de agreement wordt toegekend, heeft consequenties voor de actus reus en de mens rea van de jce-deelnemer. Zo is met het aangaan van die agreement de vereiste deelnemingsgedraging geleverd (*actus reus*). Dat die afspraak in een uitzonderlijk geval geen aanmoedigende uitwerking heeft op de mededader die het delict verwezenlijkt, is irrelevant.¹⁹² Dat een agreement volstaat, heeft ook consequenties voor de *mens rea* van de jce-deelnemer. De Law Commission is van oordeel dat ook uitzonderlijke gevallen waarin een van de jce-deelnemers van meet af aan niet de *bedoeling* heeft om het afgesproken delict uit te voeren, onder de jce-figuur zouden moeten vallen. Om die reden zou de jce-deelnemer al aansprakelijk moeten zijn voor de agreed offence als hij een agreement is aangegaan met zijn mededader en hij de kwade kans heeft voorzien dat die mededader het delict zal realiseren.¹⁹³ Het onderscheid tussen de agreed en collateral offence – de agreed

relation to consulting on new legislation.'

189 *Mendez and Thompson* [2010] EWCA Crim 516, [2011] 1 Cr App R 10, punt 17.

190 De Law Commission lijkt haar rapport niet als *verruiming* te beschouwen, maar als een *neerslag* van het geldende recht. Bij beide onderdelen die door mij als een verruiming worden bestempeld, baseert de commissie zich telkens op één beslissing van de Court of Appeal (zie 3.125 jo. A.30).

191 Aldus Law Commission 2007, 3.57 jo. 59.

192 Zo Law Commission 2007, 3.43-46. Dit is een voorbeeld van de loskoppeling van accessoryship en jce-aansprakelijkheid.

193 Zo Law Commission 2007, 3.125-126. Volgens de Law Commission levert dit in het geldende recht al aansprakelijkheid op. De commissie verwijst naar de beslissing van de Court of Appeal in 'Rook' (*Rook* [1993] EWCA Crim 3, All ER 955). De jce-deelnemer is een van de leden van een kleine groep huurmoordenaars die is opgetrommeld door de opdrachtgever die zijn vrouw om het leven wil laten brengen. De criminele *afpraak* is dus gericht op het plegen van murder (agreed offence). Op de dag dat de murder zal worden uitgevoerd, komt de jce-deelnemer niet opdagen. Desondanks

offence (in ieder geval aanvankelijk) als gezamenlijk doel, de collateral offence ten minste als kwade kans voorzien – verdwijnt daarmee; in beide gevallen volstaat het voorzien van de kwade kans dat de mededader het delict zal plegen. Zodra is voldaan aan die maatstaf dan is de jce-deelnemer aansprakelijk voor agreed of collateral offences, ook al is hij *tegen* de uitvoering van de agreement.¹⁹⁴ Uit deze versoepeling van de actus reus en mens rea volgt al dat de Law Commission veel gewicht toekent aan het aangaan van een criminele afspraak: ‘Promises and agreements are forms of social and *normative practice*, entry into which in and of itself creates obligations, commitments and expectations as to future conduct (...). It is the creation of these obligations, commitments and expectations through simple agreement (...) that provides a basis for finding [jce-deelnemer] liable (...)’.¹⁹⁵

De tweede verruiming in het rapport van de Law Commission heeft betrekking op het *begeleidende risico*. In de heersende opvatting moet de collateral offence een risico zijn dat kleeft aan de uitvoering van het gezamenlijke criminele doel. De Law Commission neemt genoeg met een aanzienlijk ruimer verband. In haar extensieve opvatting kan de jce-deelnemer ook verantwoordelijk worden gehouden voor een collateral offence ‘even when the offence did *nothing to further* the joint criminal enterprise [cursivering, AP]’.¹⁹⁶ De Law Commission acht het bijvoorbeeld niet onmogelijk om de levensberoving – murder – van een toevallig passerende leider van een rivaliserende bende (collateral offence) te beschouwen als ‘incident’ van een woninginbraak (agreed offence).¹⁹⁷ Het aangaan van de criminele afspraak om een woninginbraak te began, schept niet het risico op *déze* murder. De afrekening vindt haar oorzaak in een speling van het lot. Buxton keurt de verruiming van het begeleidend

plegen zijn mededaders het delict. Op basis daarvan wordt ook de jce-deelnemer in eerste aanleg veroordeeld voor zijn participatie in de jce, die immers was gericht op de levensberoving van het slachtoffer. Met die veroordeling werd voorbijgegaan aan het verweer van de jce-deelnemer dat hij van meet af aan niet de bedoeling heeft gehad om het delict uit te voeren, dat hij tevergeefs had gehoopt op een aanbataling waarmee hij zich uit de voeten kon maken, en dat hij erop had gerekend dat het delict zonder hem *niet* zou worden uitgevoerd. De Court of Appeal oordeelde dat het verweer van de jce-deelnemer geen doel treft: ‘It is enough that he should have foreseen the event [de ‘murder’ van het slachtoffer, AP], as a real or substantial risk’.

194 Aldus Law Commission 2007, A.19: ‘[Jce-deelnemer] does not escape liability merely because he (...) is opposed to or indifferent as to whether the agreed offence is committed.’

195 Law Commission 2007, 3.45. De commissie vervolgt: ‘When [jce-deelnemer] engages in the normative practice, by agreeing to commit the offence or sharing an intention to commit an offence, he or she should not be heard to say later that his or her agreement or shared intention did not have the normative significance it would ordinarily have in terms of obligations, commitments and expectations created. [jce-deelnemer] can no more escape liability in this way than, in the civil law, someone can say that no contractual liability was ever created by a binding agreement simply because no one expected the contract to be fulfilled or relied on.’

196 Law Commission 2007, 3.53.

197 Zo Law Commission 2007, A. 31. Volgens de Law Commission is het ‘a question of fact and degree’ om te bepalen of de jce-deelnemer aansprakelijk is voor de levensberoving van de benedeleider. Zie voor een ander voorbeeld: 3.47 (het ‘aanleveren van kinderporno’ mag als ‘incident’ worden beschouwd van het gezamenlijk doel om ‘heroïne te verstrekken’).

risico die de Law Commission voorstaat, in algemene zin af. Ten aanzien van bovenstaand voorbeeld schrijft hij: 'Are we really happy with the prospect of [jce-deelnemer] (...) being exposed to the risk of life imprisonment in respect of a crime that he did not commit, did not encourage, and had no interest in its being committed?'.¹⁹⁸ In de heersende opvatting is vereist dat het risico kleeft aan de uitvoering van het *gezamenlijk doel*, terwijl de Law Commission de risicosfeer dreigt op te rekken tot gevaren die ontstaan door louter *toeval*.

2.5 Besluit

In deze paragraaf is beschreven op welke wijze de jce-figuur is ingebed in de deelnemingsregeling. Daarbij is gebleken dat veel discussie bestaat over de dogmatische plaats en reikwijdte van de figuur. Deze heeft met medeplegen en Mittäterschaft gemeen dat het concept de aansprakelijkheid normeert van de deelnemer voor feitelijke delictshandelingen van zijn mededader, in situaties waarin die handelingen het gezamenlijke criminele plan te buiten gaan. Een in het oog springend verschil is dat bij de jce-figuur de lat voor wat betreft de vereiste bijdrage aanmerkelijk lager ligt; ook medeplichtigen worden omvat door de figuur. Dat neemt niet weg dat veel actoren die medepleger of Mittäter zouden zijn op grond van een wezenlijke bijdrage aan de delictsuitvoering, ook vallen onder de jce-aansprakelijkheid. In het Engelse stelsel zijn met het oog op het criminaliseren van deze 'medeplegers' andere *normatieve keuzen* gemaakt.

De eerste belangrijke normatieve keuze betreft de *mens rea*. De delictsom beschrijving bepaalt enkel de mens rea-gradatie voor de principal. Bij geweldsdelicten betekent dit dat vaak 'intent' (opzet als bedoeling) wordt vereist ten aanzien van het delictsegevolg. De van de jce-deelnemer geëiste mens rea is aanmerkelijk lager. Weliswaar heeft hij in de heersende opvatting een gezamenlijk crimineel doel met zijn mededader, maar delicten kunnen al voor zijn rekening komen als hij de kwade kans voorziet dat zijn mededader dat delict zal begaan.¹⁹⁹ Afgezet tegen de mens rea van de medepleger is die eis in twee opzichten lager. In de eerste plaats in *absolute zin*: de medepleger moet 'zelf' voorwaardelijk opzet hebben op het delict, in welk verband hij de kwade kans moet 'aanvaarden'. Ook in *relatief opzicht* is de mens rea van de jce-deelnemer lager. Daarmee doel ik op de mate waarin de mens rea van de principal onderscheidenlijk pleger overeenkomt met die van de jce-deelnemer respectievelijk medepleger. Tussen de mens rea van de principal (opzet als bedoeling) en jce-deelnemer (voorzien van de kwade kans dat de principal het delict begaat) bestaat een aanmerkelijk verschil. De mens rea van pleger en medepleger (in beide gevallen: voorwaardelijk opzet) zijn echter aan elkaar gelijk. Uit oogpunt van mens rea heeft de jce-aansprakelijkheid veel meer het karakter van afgeleide aansprakelijkheid. Dat blijkt ook daaruit dat de mens rea van de jce-deelnemer is betrokken op de mens rea van de principal.

¹⁹⁸ Buxton 2009, p. 241. Zie ook p. 238.

¹⁹⁹ Dat geldt zowel voor agreed offences (voorwaarden accessoryship) als collateral offences. In de zienswijze van de Law Commission hoeft zelfs van meet af aan geen sprake te zijn van een gezamenlijk crimineel doel; de gezamenlijke criminele *afsprake* volstaat.

De tweede normatieve keuze die ik wil belichten betreft de betekenis die wordt toegekend aan het onderscheid tussen enerzijds het gezamenlijk nagestreefde *grondfeit* (agreed offence) en anderzijds *begeleidende risico's* daarvan (collateral offence). Het kernverwijt dat de jce-deelnemer wordt gemaakt is dat hij met zijn mededader het gezamenlijk doel nastreeft om het grondfeit te realiseren. Dit rechtvaardigt klaarblijkelijk dat collateral offences niet worden beschouwd als op zichzelf staande delicten. In dat geval zou de jce-deelnemer immers een bijdrage moeten leveren aan de realisering daarvan. De jce-aansprakelijkheid maakt echter dat de jce-deelnemer van wie juist niet kan worden vastgesteld dat hij daaraan heeft bijgedragen, wordt gevangen in de jce-figuur. Dit laat zien dat de collateral offence weliswaar voor de principal een op zichzelf staand delict is – de principal moet als gewoonlijk alle delictsbestanddelen vervullen – maar dat voor de jce-deelnemer lichtere aansprakelijkheidsvoorwaarden gelden, zodra een collateral offence mag worden beschouwd als de verwezenlijking van een begeleidend risico van de uitvoering van het gezamenlijke criminele doel. De Law Commission gaat in haar voorstel nog twee stappen verder. In de eerste plaats is in haar visie niet vereist dat er een gezamenlijk crimineel *doel* bestaat. Het kernverwijt dat aan de jce-deelnemer wordt gemaakt is dat hij de gezamenlijke criminele *afsprake* aangaat om het grondfeit te plegen; daaraan is ook voldaan in het uitzonderlijke geval dat de jce-deelnemer van meet af aan tegen de uitvoering daarvan is. In de tweede plaats gelden de bedoelde lichtere aansprakelijkheidsvoorwaarden ook ten aanzien van collateral offences die een risico verwerkelijken dat door louter *toeval* in het leven is geroepen.

Het gemaakte onderscheid tussen grondfeit (hoofddelict) en begeleidende risico's waarop de jce-aansprakelijkheid is gebaseerd, komt niet terug in het Nederlandse stelsel. Ook delicten die zich laten typeren als risico's van het gezamenlijke criminele doel, worden benaderd als op zichzelf staande delicten.²⁰⁰ Hoewel ook in het Nederlandse stelsel niet zo ver lijkt te worden gegaan dat de medepleger een directe (wezenlijke) bijdrage moet leveren aan elk afzonderlijk delict, worden de strafbare feiten die zich laten typeren als begeleidend risico meegenomen in het totaaloordeel: heeft de medepleger – alle delicten in ogenschouw nemend – wezenlijk bijgedragen aan de samenwerking 'als geheel'.

3 De legitimiteit van de aansprakelijkheidsverruiming van de jce

3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is gebleken dat de jce-figuur de aansprakelijkheid van de secondary party uitbreidt. Die uitbreiding betreft de aansprakelijkheid voor collateral offences; de jce-deelnemer kan daarvoor strafbaar zijn, zonder dat hij feitelijk bijdraagt aan de verwezenlijking van dat delict. Bij gebreke van een bijdrage wordt van de jce-deelnemer slechts geëist dat hij de kwade kans voorziet dat zijn mededader de collateral offence realiseert in het kader van het gezamenlijke criminele doel. Deze afzwakking van de aansprakelijkheidseisen –

200 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.4.2.

een algemene voorwaarde voor accessoryship is dat een bijdrage is geleverd aan elk delict – roept een legitimiteitsvraagstuk op: is het te rechtvaardigen dat de jce-deelnemer verantwoordelijk wordt gehouden voor een delict waaraan hij geen directe bijdrage heeft geleverd?

In de literatuur en rechtspraak zijn verschillende rechtvaardigingen naar voren gebracht. De verscheidene wijzen waarop de aansprakelijkheid voor collateral offences wordt gelegitimeerd, laten zich indelen op twee niveau's. Op het ene niveau wordt aangeknoopt bij en geredeneerd vanuit de gewenste *effectiviteit* van het strafrecht; de aansprakelijkheidsvoorwaarden voor de jce-deelnemer moeten een zodanige inhoud hebben dat effectief kan worden opgetreden tegen groepsverbanden die strafbare feiten begaan. Het andere niveau is strafrecht-dogmatisch van aard. Op dit niveau wordt gezocht naar de *strafrechtelijke grondslag* voor de aansprakelijkheidsverruiming ten aanzien van de collateral offence: welke strafrechtelijk relevante factoren maken die verruiming rechtvaardig. Kortom: op het ene niveau staat de doelmatigheid van het strafrecht centraal (effectiviteit), op het andere de rechtmatigheid daarvan (strafrechtelijke grondslag). Beide niveau's komen hieronder aan bod. Ik merk op dat de hieronder aangehaalde schrijvers vaak volstaan met een globale toelichting en uitwerking van hun opvattingen, waardoor vragen blijven bestaan over de precieze inhoud en de verhouding tot andere zienswijzen.

3.2 Effectiviteit van het strafrecht

Uit effectiviteitsoogpunt wordt benadrukt dat *criminele collectieven*, zoals de jce, zich onderscheiden van individuen die de strafwet overtreden: 'concerted wrongdoing imports additional and special reasons for the law to intervene'.²⁰¹ De belangrijkste reden dat een bijzondere voorziening zou moeten worden getroffen voor dit type criminaliteit is dat aan groepscriminaliteit een groot *risico op escalatie* kleeft. Dit risico wordt benoemd door Lord Steyn in de beslissing van de House of Lords in *Powell and English*²⁰²: 'Experience has shown that joint criminal enterprises only too readily escalate into the commission of *greater* offences [cursivering, AP]'.²⁰³ De intuïtie van Lord Steyn wordt ondersteund door sociaal-wetenschappelijk onderzoek, zo blijkt uit het rapport 'Participating in Crime' van de Law Commission. Uit dat onderzoek volgt onder meer dat "people in groups are more likely to be aroused, raising the possibility that group crimes lead to *unplanned violence*."²⁰⁴

Kortom: de hoofdgedachte lijkt te zijn dat na de totstandkoming van een jce een groter gevaar bestaat op aanvullende (zwaardere) delicten, dan in geval van een zelfstandig opererende principal. Dit escalatierisico is kenmerkend voor

201 Simester, Spencer e.a. 2010, p. 244.

202 *Powell/English* [1999] AC 1.

203 Simester, Spencer e.a. trekken dit risico breder: 'A group is a form of society, and a group constituted by a joint criminal enterprise is a form of society that has set itself against the law and order of society at large (Simester, Spencer e.a. 2010, p. 244):' Krebs constateert terecht dat deze redenering alleen opgaat ten aanzien van *georganiseerde* criminele verbanden (Krebs 2010, p. 601).

204 Law Commission 2007, 3.145. De Law Commission citeert de wetenschapper Katyal. Zie ook 3.144.

criminele collectieven. De bestrijding van criminaliteit die is gerelateerd aan criminele verbanden vraagt om bijzondere aansprakelijkheidsvoorwaarden: ‘The criminal justice system exists to control crime. A prime function of that system must be to deal *justly and effectively* [cursivering, AP] with those who join with others in criminal enterprises’, aldus Lord Steyn.²⁰⁵ De huidige aansprakelijkheidsvoorwaarden met betrekking tot collateral offences zijn mede het resultaat van de wens te komen tot een effectieve bestrijding van criminele verbanden. De veronderstelde effectiviteit daarvan maakt de *inhoud* van die voorwaarden echter niet rechtvaardig (‘just’). Voor dat oordeel is ook van betekenis of die aansprakelijkheidsvoorwaarden een toereikende strafrechtelijke basis hebben.

3.3 Strafrechtelijke grondslag

3.3.1 Inleiding

De jce-deelnemer is strafbaar voor de collateral offence alsof hij dat delict zelf heeft begaan; hij is aansprakelijk voor hetzelfde strafbaar feit als de principal en hij wordt blootgesteld aan dezelfde strafbedreiging.²⁰⁶ Die procedurele gelijkstelling van jce-deelnemer en principal wordt alleen rechtvaardig gevonden wanneer sprake is van *parity of culpability*. Daarmee wordt bedoeld dat het schuldverwijt dat de jce-deelnemer treft, in ieder geval vergelijkbaar moet zijn met het verwijt dat aan de principal wordt gemaakt.²⁰⁷ Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Stel dat de principal een murder begaat. In dat geval is de feitelijke delictshandeling van de principal de ‘immediate cause’ van het intreden van het delictsgevolg. Daarbij heeft de principal het voor murder vereiste ‘intent’. Wanneer diezelfde murder een collateral offence is in de context van de joint criminal enterprise, dan worden aanmerkelijk lichtere eisen gesteld aan de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer: vereist is enkel dat de murder als begeleidend risico is voorzien (foresight). Ondanks de lagere gradatie van mens rea en het ontbreken van een directe bijdrage wordt de jce-deelnemer in dat geval met dezelfde straf bedreigd als de principal. Uit oogpunt van parity of culpability is deze procedurele gelijkstelling tussen principal en jce-deelnemer alleen gerechtvaardigd als het verbinden aan een joint criminal enterprise van zodanig gewicht is dat die keuze de ‘min’ aan mens rea en actus reus in voldoende mate *compenseert*. In dat geval is het schuldverwijt vergelijkbaar als in bovenbedoelde zin. De parity of culpability fungeert als toetssteen met behulp waarvan kan worden beoordeeld of de voorwaarden waaronder de jce-deelnemer aansprakelijk is voor de collateral offence, deel uitmaken van een coherente aansprakelijkheidsregeling. In dat geval is een sterke aanwijzing geleverd dat die voorwaarden berusten op een

205 Powell/English [1999] AC 1.

206 Zie paragraaf 2.3.1.

207 Zo Law Commission 2007, 1.5 jo. 1.10-1.11. De Law Commission stelt: ‘(...) if D [jce-deelnemer of accessory, AP] is to be liable to the same stigma and penalty as P, D’s culpability should be at least comparable to that of P’. Daarover ook Sullivan 2007, p. 273.

deugdelijke grondslag.²⁰⁸

Krebs onderscheidt een aantal strafrechtelijke grondslagen van de aansprakelijkheid voor collateral offences die in de literatuur naar voren zijn gebracht.²⁰⁹ Op basis van haar uiteenzetting beschrijf ik die invloedrijke benaderingen: het ‘assumption of risk model’, de ‘enhancement of risk approach’ en de ‘change of normative position’. Deze benaderingen kunnen worden begrepen als pogingen om te rechtvaardigen dat de jce-deelnemer onder de hierboven beschreven lichte voorwaarden aansprakelijk is voor collateral offences.

3.3.2 Assumption of risk model

De gedachte van het ‘assumption of risk model’ is dat de jce-deelnemer alle risico’s *aanvaardt* die kleven aan de uitvoering van het gezamenlijke criminele doel: de ‘commitment to the common purpose implies an *acceptance* of the choices and actions that are taken by [mededader] in the course of realising that purpose. (...) Just as risks attend the pursuit of the common purpose, an *assumption* of those risks flows from [jce-deelnemers] subscription of that purpose [cursivering, AP]’.²¹⁰ De samenwerking met zijn mededader maakt dat de jce-deelnemer geen volledige macht heeft over de uitvoering van de common purpose. Door zich desondanks te verbinden aan het gezamenlijke criminele doel, maakt de jce-deelnemer zich welbewust medeverantwoordelijk voor de verwezenlijking van risico’s die de uitvoering van de common purpose begeleiden. Met het oog op het beginsel parity of culpability zou men kunnen zeggen dat het niet-vereisen van een bijdrage aan de collateral offence (wel vereist voor accessoryship) in het assumption of risk model wordt gecompenseerd door een volitieve component (niet vereist voor accessoryship).

Bij het assumption of risk model passen twee kanttekeningen. In de eerste plaats lijkt het model niet in staat om het *geldende recht* te verklaren: de veronderstelde ‘aanvaarding’ van de kwade kans lijkt in het geldende recht niet te zijn vereist.²¹¹ Volgens het standaardcriterium volstaat immers het enkele ‘voorzien’ van de kwade kans op een collateral offence, een volitieve component ontbreekt.²¹² Als het assumption of risk model al verklarende kracht heeft dan

208 Met behulp van de notie parity of culpability wordt de rechtvaardiging afgemeten aan de *verhouding* tussen de voorwaarden voor principalship en jce-participatie. Indien er geen wanverhouding is, dan is er sprake van een strafrechtelijke grondslag. Zo beschouwd gaat het om een rechtvaardiging in *relatieve* zin. In *absolute* zin kunnen de voorwaarden voor principalship respectievelijk jce-participatie worden gewaardeerd als onrechtvaardig.

209 Zie Krebs 2010, p. 592–601.

210 Simester 2006, p. 599. In soortgelijke zin Law Commission 2007, 3.143: ‘In entering into an agreement with [mededader] to commit [agreed offence] and at the same time foreseeing that [mededader] might commit [collateral offence], [jce-deelnemer] knowingly runs the risk that [mededader] will commit [collateral offence]. Although D may not agree to the commission of [collateral offence] and may hope that it will not be committed, his decision to continue to participate in the venture means that he or she is quite prepared to *countenance* its commission [cursivering, AP].’

211 Zo ook al Krebs 2010, p. 594: ‘(...) it appears doubtful whether the assumption of risk rationale can, normatively as well as evidentially, be equated with mere foresight.’

212 Soms wordt in de rechtspraak wel de suggestie gewekt dat het ‘voortzetten’ van de uitvoering van

alleen, de tweede kanttekening, ten aanzien van gevallen waarin een collateral offence werkelijk een *begeleidend risico* is van de uitvoering van het gezamenlijke criminele doel.²¹³ Hoe losser het verband waarin de collateral offence staat tot de agreed offence, hoe minder geldingskracht het assumption of risk model heeft. Het is niet helder hoe strikt dat verband moet zijn in het geldende recht. Als het recht zou worden weerspiegeld in de eerder beschreven extensieve opvatting van de Law Commission – in welke zienswijze de collateral offence in het geheel niet ten dienste hoeft te staan van de uitvoering van de common purpose – dan kan de aansprakelijkheid voor collateral offences niet in alle gevallen worden verklaard met het assumption of risk model.²¹⁴ Zo is het moeilijk te verdedigen dat een jce-deelnemer zich met het deelnemen aan een woninginbraak (agreed offence) medeverantwoordelijk heeft willen stellen voor de levensberoving van een toevallig passerende bendeleider door zijn mededader (collateral offence), ook al zou de jce-deelnemer die murder als kwade kans hebben voorzien.

Kortom: in het assumption of risk model wordt de *rechtvaardiging* voor de aansprakelijkheidsverruiming gezocht in een volitieve component die ten grondslag zou liggen aan die verruiming. De *verklarende kracht* van het model vermindert naarmate de collateral offence in een verder verwijderd verband staat tot het gezamenlijke criminele doel.

3.3.3 Enhancement of risk approach

De tweede grondslag die door sommige schrijvers wordt gegeven, is dat de participatie in een jce het risico verhoogt dat de mededader de collateral offence zal begaan. Anders dan in de vorige benadering wordt de rechtvaardiging dus niet gezocht in een volitieve component, maar in objectieve *risicoverhoging*. Aan het *eigen* gedrag van de jce-deelnemer – het deelnemen aan een jce – wordt een risicoverhogend effect toegedicht:²¹⁵

de common purpose impliceert dat de jce-deelnemer daarmee begeleidende risico's heeft 'aanvaard'. Zo bijvoorbeeld de beslissing van de Supreme Court in *Gnango* [2011] UKSC 59, punt 14. Lord Phillips en Lord Judge stemmen in met de overweging van de Court of Appeal in *A and Others* [2010] EWCA Crim 1622 (bij monde van Lord Hughes L.J.): 'the liability of [jce-deelnemer] rests (...) on his having *continued in the common venture of crime A* when he realises (...) that [murder] may be committed in the course of it. (...) He has *associated himself with a foreseen murder* [cursivering, AP]'. Uit de *voortzetting van de common purpose* mag echter niet zonder meer worden afgeleid dat de jce-deelnemer daarmee de kwade kans op de collateral offence heeft 'aanvaard'. Dit komt door de lage eisen die worden gesteld aan die 'voortzetting': uit het niet rechtsgeldig terugtrekken uit de jce mag al worden afgeleid dat de jce-deelnemer blijft participeren (zie paragraaf 2.4.2.4). Het 'voorzien' van de kwade kans op de collateral offence en het 'voortzetten' van de uitvoering van de common purpose heeft zo beschouwd een andere inhoud dan het 'voorzien' en 'aanvaarden' van het risico op een collateral offence.

213 Dit bezwaar werd ook al opgeworpen door Krebs: 'In signing up for a particular purpose [jce-deelnemer] can only really be said to have thereby accepted those choices and actions on the part of [mededader] which are *intrinsically linked* [cursivering, AP] to the furtherance of the purpose crime (Krebs 2010, p. 595).'

214 Zie daarvoor paragraaf 2.4.4.

215 Zo ook Krebs 2010, p. 596.

‘The rationale for criminalizing [jce-deelnemers] indirect participation in the collateral crime is that he indirectly supports it. His indirect support stems from his participation in the joint enterprise. It is the joint enterprise that put [mededader] in a “position” to endanger others: a position from where he was *much more likely* to commit the collateral offence [cursivering, AP].’²¹⁶

Deze benadering is in wezen een strafrechtelijke vertaling van de hiervoor beschreven effectiviteitsoverwegingen, waarin het verhoogde risico op meer en zwaardere delicten inherent bleek te worden geacht aan de jce.²¹⁷ De enhancement of risk approach schrijft die risicoverhoging toe aan het eigen *gedrag* van de jce-deelnemer (objectief), niet aan de ‘aanvaarding’ van dat risico (assumption of risk model). Die risicoverhoging compenseert het ontbreken van een bijdrage aan de collateral offence.

In de literatuur worden twee kanttekeningen geplaatst bij deze benadering. De eerste is dat, net als bij het assumption of risk model, de *verklarende kracht* afhangt van het verband waarin de collateral offence staat tot de agreed offence; hoe ruimer dat verband is, hoe meer de enhancement of risk approach aan verklarende kracht inboet.²¹⁸ De tweede kanttekening houdt in dat de enhancement of risk approach volgens sommige schrijvers in bepaalde casus *onvoldoende rechtvaardigt* dat de jce-deelnemer aansprakelijk is voor de collateral offence. Als voorbeeld wijzen Sullivan en Krebs op het geval van burglary (agreed offence) en murder (collateral offence), waarin de jce-deelnemer zich vooraf uitdrukkelijk heeft gekeerd tégen de uitoefening van enig geweld. In dat geval heeft de jce-deelnemer zich niet gecommitteerd aan geweldstoepassing, levert hij daaraan evenmin een directe bijdrage, maar is hij desondanks aansprakelijk voor murder.²¹⁹ Hoewel wordt onderkend dat het gedrag van de jce-deelnemer ook in die omstandigheid nog steeds risicoverhogend kan zijn, wordt het door Sullivan en Krebs onredelijk gevonden dat de jce-deelnemer enkel op die basis ‘the same amount of responsibility’ treft als de mededader; beide zijn immers

216 Baker 2012, p. 487–488. In die zin ook K.J.M. Smith 1991, p. 233 en Ashworth 2009, p. 421 (‘joint criminal ventures tend to have a momentum of their own that makes the commission of crimes more likely’). Sullivan onderschrijft dat de jce-deelnemer een zwaarder schuldverwijt (‘culpability’) kan worden gemaakt op basis van de door hem in het leven geroepen verhoging van het risico op meer delicten. Die verzwarende van het schuldverwijt zou volgens hem moeten worden verdisconteerd in het strafmaximum van de *agreed* offence: het maximum wordt opgehoogd naar de strafbedreiging die staat op de door de jce-deelnemer voorziene *collateral* offence. Net als in de hoofdttekst wordt de risicoverhoging aan de jce-deelnemer in rekening gebracht, maar anders dan in de hoofdttekst gebeurt dat in de sleutel van de *agreed* offence. Zo Sullivan 2008, p. 29–21.

217 Zie paragraaf 3.2.

218 Zo Krebs 2010, p. 596: er is enkel sprake van risicoverhoging als ‘the risk is *inherent* in the original enterprise’.

219 In die zin Sullivan 2008, p. 29: ‘(...) he has demonstrated a less than full commitment to the avoidance of violence though not (...) a commitment to [mededaders] violence [cursivering, AP].’ Instemmend Krebs 2010, p. 596: in deze omstandigheid is het ‘unduly harsh to hold [jce-deelnemer] liable for murder on the basis that he enhanced the risk of [mededaders] killing another person.’

aansprakelijk voor de ‘full offence’, een verschil in schuldverwijt komt pas tot uitdrukking in de strafmaat.²²⁰ In wezen wordt dus gesteld dat er in dit geval geen sprake is van parity of culpability tussen de mededader en de jce-deelnemer.²²¹

Kortom: de verklarende kracht van de enhancement of risk approach (objectieve risicoverhoging) is net als die van het assumption of risk model (risicoaanvaarding) afhankelijk van het verband waarin de collateral offence staat tot de agreed offence. De achilleshiel lijkt te zijn dat het twijfelachtig is of de objectieve risicoverhoging een *rechtvaardiging* is voor die verruiming; is het redelijk om de jce-deelnemer aansprakelijk te houden voor een collateral offence, terwijl zijn handelen slechts het risico heeft verhoogd dat zijn mededader dat delict zal begaan?

3.3.4 Change of normative position

De derde grondslag die wel wordt gegeven is de ‘change of normative position’. De gedachte is dat de actor ‘changed his (...) normative position by *intentionally attacking* another’s protected interests. Once the defendant has passed over this moral threshold, there can be no objection to holding him or her liable for the *consequences* that ensue because morally the most crucial element is that initial, intentional attack [cursiveringen, AP].’²²² Oorspronkelijk is de change of normative position door verschillende schrijvers naar voren gebracht als verklaring voor de aansprakelijkheid van de *principal* voor een door het gevolg gekwalificeerd delict (constructive liability).²²³ De change of normative position in de context van de *jce-aansprakelijkheid* lijkt daarvan een afgeleide te zijn. Voor een goed begrip wordt eerst stilgestaan bij de oorspronkelijke idee, daarna bij de transponering daarvan naar de context van de jce.

3.3.4.1 Principal

De change of normative position verklaart volgens sommige schrijvers waarom de principal in het strafrecht aansprakelijk kan worden gehouden voor een geobjectiveerd gevolg (constructive liability). In geval van murder bijvoorbeeld, volstaat gbh-intent voor de aansprakelijkheid inzake de dood van het slachtoffer, ook al heeft de principal die dood niet voorzien. Die aansprakelijkheid voor het *geobjectiveerd gevolg* zou haar verklaring vinden in de change of normative position:

220 Zo Krebs 2010, p. 596: (...) the problem lies not with justifying why the law imposes responsibility on [jce-deelnemer] at all, but rather why it imposes *the same amount* of responsibility on him as it does on [mededader]. It is suggested that the “enhance of risk” model cannot account for this.’ In soortgelijke zin Sullivan 2008, p. 29-30.

221 Dit lijkt de reden te zijn dat Sullivan van oordeel is dat een eventuele risicoverhoging moet worden verdisconteerd in het strafmaximum van de *agreed offence*: het maximum wordt verhoogd tot de strafbedreiging die staat op de door de jce-deelnemer voorziene *collateral offence*. Daarmee is de jce-deelnemer niet ‘fully responsible’ voor de collateral offence; hij is aansprakelijk voor zijn deelneming aan de agreed offence *onder een verzwarende omstandigheid*. De risicoverhoging wordt dus wel aan de jce-deelnemer in rekening gebracht, maar in het kader van de aansprakelijkheid voor de *agreed offence*. Zo Sullivan 2008, p. 29-21.

222 Ashworth 2008b, p. 412.

223 Gardner geldt als grondlegger. Zie bijvoorbeeld Gardner 2007.

‘(...) by committing the lesser crime one “changes one’s normative position” such that a certain outcome that would not otherwise have counted against one now counts against one, and adds to one’s crime.’^{224/225} Met het doelgericht (intent) toepassen van geweld op het slachtoffer manoeuvreert de principal zich dus in een positie waarin hij aansprakelijk wordt gehouden voor een gevolg dat anders niet voor zijn rekening zou komen. Dit is een *aansprakelijkheidsverruiming* voor de principal: hij is aansprakelijk voor een delictsgevolg waarop zijn mens rea niet is betrokken.

Die verruiming van de aansprakelijkheid tot geobjectiveerde gevolgen wordt beperkt door in ieder geval twee voorwaarden: de principal heeft de *bedoeling* (intent) gehad het lichtere feit te begaan en het zwaardere delict waarvoor hij aansprakelijk wordt gehouden is van *hetzelfde delictstype* (same family).²²⁶ Het ‘element of intentionality’ maakt dat het strafrecht minder rechtsbescherming biedt aan de principal dan vóór de begane rechtsgoedkrenking. De andere positie waarin de principal zichzelf heeft geplaatst, is de ‘change of normative position’: ‘A person who intentionally attacks another crosses the relevant moral threshold, and thereby nullifies (...) the restrictive principles that would normally prevent us being held criminally liable for consequences accidentally or unforeseeably caused.’²²⁷ Die aansprakelijkheid voor geobjectiveerde gevolgen is dus beperkt tot strafbare feiten die van hetzelfde delictstype zijn als het delict dat de principal beoogde.²²⁸ Daarbuiten speelt volgens Horder een derde beperkende voorwaarde een rol bij de aansprakelijkheid voor door het gevolg gekwalificeerde delicten:

224 Gardner 2007, p. 246. Gardner presenteert de change of normative position nadrukkelijk als een *verklaring* voor de figuur constructive liability, niet als een *rechtvaardiging* daarvan (p. 246–247). Het doelgericht (intent) toebrengen van gbh aan het slachtoffer verklaart dat de principal strafbaar is voor de onvoorziene en ongewilde dood van het slachtoffer.

225 De verklaring kan worden begrepen tegen de achtergrond van het debat in de Engelse literatuur over de aanvaardbaarheid van constructive liability: de principal is aansprakelijk voor een delictsgevolg dat is onttrokken aan zijn mens rea. Schrijvers die behoren tot de stroming *subjectivists* hebben moeite met deze geobjectiveerde aansprakelijkheid. In hun ogen zou elk element van de actus reus – dus ook de dood van het slachtoffer – moeten worden bestreken door mens rea. Aan het andere uiterste van het spectrum bevindt zich de vroeger heersende *unlawful act theory* (versari in re illicita). In die zienswijze is constructive liability onproblematisch: als de principal een delict pleegt dan is hij aansprakelijk voor elk delictsgevolg dat aan die criminele handeling ontspruit. Tussen beide polen bevinden zich de *moderate constructivists*: zij wijzen constructive liability niet af (anders dan de subjectivisten), maar zij stellen strengere voorwaarden aan die geobjectiveerde aansprakelijkheid dan wordt gedaan in de unlawful act theory. De change of normative position verklaart volgens een moderate constructivist als Gardner, waarom de principal in het strafrecht toch aansprakelijk kan worden gehouden voor een geobjectiveerd gevolg. Zie hierover Ashworth 2009, p. 156–157; Ashworth 2008a, p. 234.

226 In deze zin Ashworth 2009, p. 156–157: ‘(...) so long as [principal] *intentionally* commits a relevant offence, that fault is sufficient to justify conviction for a more serious offence *in the same family* if an unanticipated and more serious consequence results [cursivering, AP].’ Het doelgericht toebrengen van gbh aan het slachtoffer verklaart dat de principal strafbaar is voor de eventuele dood van het slachtoffer, omdat de opzettelijke levensberoving tot hetzelfde delictstype wordt gerekend als opzettelijke zware mishandeling.

227 Ashworth 2008a, p. 243.

228 Kritisch ten aanzien van de begrenzendende functie van ‘hetzelfde delictstype’: Ashworth 2008a, p. 244.

het *proportionality principle*.²²⁹ Deze proportionaliteitstoets bewerkstelligt dat het delict waarvoor de principal aansprakelijk is (levensberoving slachtoffer) niet in een disproportionele verhouding staat tot het delict dat doelgericht is begaan (gbh).²³⁰

Zo beschouwd verklaart de change of normative position dat de principal aansprakelijk wordt gehouden voor geobjectiveerde gevolgen wanneer is voldaan aan drie voorwaarden: er is sprake van 'intent' ten aanzien van het grondfeit, het zwaardere strafbaar feit is van 'hetzelfde delictstype' en dit delict staat in een 'niet-disproportionele verhouding' tot het lichtere feit.

3.3.4.2 Jce-deelnemer

De change of normative position is in de context van de jce geïntroduceerd door Simester.²³¹ De auteur schrijft de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer voor de collateral offence toe aan diens 'deliberate choice' om te participeren in 'group action', waardoor de jce-deelnemer zich heeft gecommitteerd aan de common purpose:

'Through entering in a joint enterprise, [jce-deelnemer] changes her *normative position*. She becomes, by her deliberate choice, a participant in a group action to commit a crime. Moreover, her new status has *moral significance*: she associates herself with the conduct of the other members of the group in a way that the mere aider or abettor, who remains an independent character throughout the episode, does not. Whereas aiding and abetting are grounded in [aider's/abettor's] contribution to another's crime, joint enterprise is grounded in *affiliation* [cursivering, behoudens de laatste, AP].'²³²

De redenering is dat de welbewuste keuze om in groepsverband een gezamenlijk crimineel doel te realiseren, de jce-deelnemer in een positie plaatst waarin hij strafrechtelijk *anders* wordt beoordeeld dan de reguliere accessory. Het willens en wetens deel uitmaken van een jce, wordt de jce-deelnemer dus zwaar aangerekend: dat strafbare onrecht (wrong) rechtvaardigt een change of normative position. Het komt er in wezen op neer dat de strafbaarheid van de jce-deelnemer voor de collateral offence berust op een vorm van *collectieve aansprakelijkheid*²³³: de jce-deelnemer is binnen een bepaalde bandbreedte aansprakelijk voor door mededaders gerealiseerde collateral offences, zonder dat hij daaraan bijdraagt. De

229 Zie Horder 1997, p. 96.

230 Aldus Horder 1997, p. 96: '(...) the harm done must not be disproportionate to the harm intended, if criminal liability for the harm done is to be justified'. Kritisch over deze beperkende voorwaarde Ashworth 2008a, p. 252: 'the ambit of the proportionality principle (...) remains vague, lacking in articulated rationale and clear limits.' De huidige aansprakelijkheid voor 'unlawful act manslaughter' lijkt overigens niet te voldoen aan de proportionaliteitstoets (vgl. paragraaf 2.2.3).

231 Zie Simester 2006. De opvatting van Simester wordt in de kern ondersteund door de Law Commission (Law Commission 2007, 3.42-66).

232 Simester 2006, p. 598-599.

233 Aldus Simester 2006, p. 599: 'As such, joint enterprise doctrines impose a form of collective responsibility, predicated on membership of the unlawful concert.'

change of normative position wijkt op twee punten af van de assumption of risk model en de enhancement of risk approach. Allereerst wordt de *rechtvaardiging* voor de aansprakelijkheidsverruiming gezocht in de verbinding van de jce-deelnemer aan een gezamenlijk crimineel doel (anders dan de ‘aanvaarding’ respectievelijk ‘verhoging’ van het risico op een collateral offence). Daarnaast verschilt het *referentiepunt* voor de bepaling van parity of culpability tussen jce-deelnemer en principal: het schuldverwijt dat de principal wordt gemaakt ten aanzien van het ‘geobjectiveerde gevolg’ (aansprakelijkheidsverruiming in de context van principalship) moet ten minste vergelijkbaar zijn met het verwijt dat de jce-deelnemer treft ter zake van de ‘collateral offence’ (verruiming in het kader van de jce-aansprakelijkheid).

Net als bij de constructive liability in geval van de principal, wordt de aanzet voor de change of normative position gegeven door het ‘intentionally’ begaan van een ‘wrong’ (onrecht). Daarbij is in beide gevallen sprake van een inherent *escalatierisico*: zoals het risico op de dood van het slachtoffer inherent wordt geacht aan een gbh (constructive liability), zo herbergt de jce het risico op meer en zwaardere delicten. Voor het overige bestaan louter verschillen. In de eerste plaats bestaat de *wrong* bij de principal uit het verwezenlijken van het grondfeit. In geval van de jce-deelnemer is het onrecht gelegen in het vormen van een gezamenlijk crimineel doel (heersende opvatting) of een gezamenlijke criminele afspraak (Law Commission).²³⁴ In de tweede plaats verschillen de *beperkende voorwaarden*: dat de jce-deelnemer aansprakelijk kan zijn voor een door de mededader begane murder (collateral offence) in het kader van burglary (agreed offence), laat zien dat beide delicten niet van ‘hetzelfde delictstype’ hoeven te zijn, terwijl evenmin een ‘proportionaliteitstoets’ geldt. De beperking van de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer is gelegen in twee andere eisen: de collateral offence moet een ‘begeleitend risico’ zijn van de common purpose en de jce-deelnemer heeft dat delict op zijn minst als kwade kans ‘voorzien’. De subjectieve beperking maakt dat de jce-aansprakelijkheid niet als een vorm van constructive liability mag worden beschouwd. Ook het *rechtsgevolg* van de change of normative position verschilt: de principal is aansprakelijk voor een delictsgevolg waarvoor gewoonweg ‘mens rea’ is vereist, de jce-deelnemer is strafbaar voor een collateral offence waaraan hij normaal gesproken een ‘bijdrage’ zou moeten leveren. In de vierde plaats wordt de ‘change of normative position’, in ieder geval door Gardner, gebruikt als een *verklarend model* voor constructive liability,²³⁵ terwijl de gedachte in de context van de jce-aansprakelijkheid als *rechtvaardiging* wordt gebruikt.²³⁶ Uit deze verschillen volgt dat de change of normative position een eigen karakter heeft in de context van de jce.

234 De opvatting van de Law Commission leidt dus tot een ruimere aansprakelijkheid. Zie paragraaf 2.4.4.

235 Zo Gardner 2007, p. 246-247: ‘When I wrote the words I didn't really mean to justify anything. I only meant to analyse the law's own moral outlook. I meant, in other words, to set out the thing that needs to be justified rather than the justification.’

236 In die zin Simester 2006, p. 599; Law Commission 2007, 3.42-58.

Dat eigen karakter is – als men de change of normative position als grondslag beschouwt – dat op het moment dat de jce-deelnemer en zijn mededader een common purpose hebben, de jce-deelnemer in het Engelse strafrechtstelsel zonder meer wordt verbonden met alle door hem voorziene begeleidende risico's van die common purpose: '[Jce-deelnemer] cannot disassociate himself from any foreseen offence [cursivering, AP]'.²³⁷ De 'andere ogen' waarmee het strafrecht naar de jce-deelnemer kijkt, maken dus dat de agreed en collateral offence niet worden gezien als losstaande delicten, maar als een 'package deal':²³⁸ met het onderschrijven van het gezamenlijk doel zijn alle jce-deelnemers verbonden aan de door hen voorziene begeleidende risico's die in dat kader worden verwezenlijkt.

3.3.4.3 Kanttekeningen

Een belangrijk bezwaar dat door Krebs wordt aangevoerd tegen de change of normative position als grondslag voor de strafbaarheid voor collateral offences, is dat het moeilijk te begrijpen is dat het louter samenwerken op basis van een common purpose rechtvaardigt dat de aansprakelijkheid zich uitstrekt tot voorziene collateral offences, die juist *buiten het gezamenlijk doel* vallen.²³⁹ Dit zou in het bijzonder problematisch zijn wanneer de collateral offence niet ten dienste staat van de uitvoering van de jce, maar de jce vooral de 'setting' is waarin de mededader de collateral offence begaat 'as where on the way to (or from) an armed robbery [mededader] sees his enemy (...) and kills him with the gun he carries for the purposes of the robbery'.²⁴⁰ Bij een dergelijk ruim verband tussen collateral en agreed offence lijkt het aansprakelijk stellen van de jce-deelnemer op basis van diens change of normative position inderdaad niet te rechtvaardigen. Het is echter maar de vraag of de jce-deelnemer in dat geval naar het geldende recht aansprakelijk is. Simester, die de change of normative position als grondslag onderschrijft, benadrukt juist een nauw verband tussen beide delicten, en hij zal de jce-deelnemer in het voorbeeld zeer waarschijnlijk niet aansprakelijk achten voor de collateral offence.²⁴¹ Daarnaast betwijfelt Krebs of het nastreven van een gezamenlijk crimineel doel (common purpose) in *moreel opzicht* wel zo cruciaal is als wordt voorgespiegeld.²⁴² De change of normative position lijkt vooral aan te knopen bij planmatig opererende jce's, terwijl de aansprakelijkheid voor collateral offences ook speelt in de context van spontaan oploeiend groeps-geweld, waarin wordt gehandeld 'more by chance than design'.²⁴³

Een andere kanttekening bij de change of normative position als grondslag

237 Sullivan 2008, p. 29.

238 Simester 2006, p. 599.

239 Zo Krebs 2010, p. 599.

240 Krebs 2010, p. 599. In gelijke zin Sullivan 2007, p. 286 ('providing the occasion').

241 Zie paragraaf 2.4.2.3.

242 Aldus Krebs 2010, p. 600. Dit klemmt temeer wanneer de ruime opvatting van de Law Commission wordt aangehangen, waarin de gezamenlijke criminele *afspraken* volstaat. Zie over die ruime opvatting paragraaf 2.4.4.

243 Krebs 2010, p. 600.

zou kunnen zijn dat het gewicht dat mag worden toegekend aan de participatie in een crimineel verband, in hoge mate afhangt van de aard van enerzijds het doel van de jce (agreed offence) en anderzijds de aard van de collateral offence. De verhouding tussen beide is in het bijzonder van betekenis: als de strafwaardigheid van de agreed offence (licht delict) zich disproportioneel verhoudt tot de ernst van de collateral offence (levensdelict), dan is moeilijk te rechtvaardigen dat het vormen van een jce met het oog op het eerste een change of normative position bewerkstelligt ten aanzien van de aansprakelijkheid van het veel ernstiger delict. Kortom: het schuldverwijt dat de change of normative position rechtvaardigt, zou in een min of meer *evenredig verband* moeten staan tot het verwijt dat de jce-deelnemer wordt gemaakt ten aanzien van de collateral offence. De vraag of het redelijk is om de jce-deelnemer zonder bijdrage aansprakelijk te houden voor een 'murder op Y' (collateral offence) staat in een ander licht wanneer het gezamenlijk doel heeft bestaan uit een 'murder op X' respectievelijk een 'steal-burglary'²⁴⁴ (agreed offence).²⁴⁵ Deze *proportionaliteitstoets* lijkt in het geldende recht echter te ontbreken.

3.4 Besluit

Hierboven zijn drie alternatieve grondslagen beschreven die in de literatuur naar voren zijn gebracht ter rechtvaardiging van de verruiming van de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer tot collateral offences, waaraan hij geen bijdrage heeft geleverd. Telkens wordt gewezen op een compenserende component die deze aansprakelijkheid zonder bijdrage rechtvaardigt. Aan de hand van de waardering van die compensatie kan bij benadering worden beoordeeld of sprake is van parity of culpability tussen principal en jce-deelnemer.

In het *assumption of risk model* wordt de compensatie gezocht in de 'aanvaarding' van de kwade kans op de collateral offence. Het grootste bezwaar tegen deze grondslag is dat deze geen verklaring biedt van het geldende recht,

244 Dat wil zeggen: een geweldloze inbraak. Zie kort over deze variant van burglary paragraaf 2.3.2.2.

245 Deze toets wordt door Horder wél beschouwd als een beperkende aansprakelijkheidsvoorwaarde in de context van *principalship* ten aanzien van een door het gevolg gekwalificeerd delict, zoals hiervoor in de hoofdttekst is uiteengezet. Binnen die context bleek ook van belang te worden geacht dat het delict en het kwalificerende gevolg van 'hetzelfde delictstype' zijn. Dat houdt waarschijnlijk verband met de gedachte dat aan het opzettelijk begaan van het grondfeit een delictstypisch gevaar kleeft op het intreden van een bepaald delictsgevolg. Dit rechtvaardigt het stellen van lichtere aansprakelijkheidsvoorwaarden ten aanzien van dat gevolg, zolang dat gevolg het gevaar verwezenlijkt dat ligt besloten in het begane grondfeit. Het ligt niet voor de hand om deze beperkende voorwaarde op dezelfde wijze te stellen in de context van de *jce-aansprakelijkheid*: weliswaar is ook in geval van de jce de gedachte dat het gevaar op escalatie het stellen van lichtere aansprakelijkheidsvoorwaarden rechtvaardigt, maar de collateral offence hoeft niet noodzakelijkerwijs een gevaar te verwezenlijken dat besloten ligt in de agreed offence. In geval de met een mes bewapende mededader in het kader van een burglary (agreed offence) een murder (collateral offence) realiseert, dan is van betekenis dat de jce-deelnemer weet van het risico op die levensberoving (bijvoorbeeld doordat hij weet van het wapenbezit en het mogelijke gebruik daarvan). Dat risico hoeft dus niet te zijn gelegen in de agreed offence sec (hetzelfde delictstype). Dat gevaar moet liggen in de risico's die in een bijzonder geval gepaard gaan met deze uitvoering van de agreed offence.

omdat daarin geen aanvaardingseis lijkt te worden gesteld. De *enhancement of risk approach* – in welke benadering de risicoverhoging fungeert als compenserende factor – lijkt beter aan te sluiten bij het geldende recht: zolang het draait om een collateral offence die zich laat kwalificeren als begeleidend risico van de common purpose, kan de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer voor een dergelijk collateral offence worden verklaard door diens risicoverhogende gedrag. Het grootste bezwaar tegen deze grondslag is dat het een te grote stap lijkt te zijn om de jce-deelnemer op de enkele basis van ‘risicoverhoging’ aansprakelijk te houden voor de ‘full’ collateral offence. Is het schuldverwijt dat de principal en de jce-deelnemer treft in dat geval op zijn minst vergelijkbaar? De derde grondslag, de *change of normative position*, onderscheidt zich van de eerste twee doordat een ander referentiepunt lijkt te gelden voor *parity of culpability*: de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer moet worden afgewogen tegen de strafbaarheid van de principal voor een door het gevolg gekwalificeerd delict (*constructive liability*). In dat licht is het de vraag of het schuldverwijt dat de principal wordt gemaakt ten aanzien van een gekwalificeerd gevolg (onder gebrek van *mens rea*) vergelijkbaar is met het verwijt dat de jce-deelnemer wordt gemaakt met betrekking tot de collateral offence (onder gebrek van een bijdrage). In beide gevallen wordt de compensatie gezocht in het criminele doel – het ‘*intentionally*’ begaan van het ‘grondfeit’ respectievelijk het zich verbinden aan de ‘common purpose’ – dat maakt dat de principal en jce-deelnemer onder lichtere voorwaarden aansprakelijk zijn voor gevolgen van de uitvoering van dat criminele doel. Het grootste bezwaar tegen de *change of normative position* als grondslag is waarschijnlijk gelegen in de normatieve betekenis die wordt toegekend aan het nastreven van een crimineel doel. Toegespitst op de jce-aansprakelijkheid: rechtvaardigt het nastreven van een common purpose zonder meer dat lichtere voorwaarden worden gesteld aan de aansprakelijkheid voor een collateral offence? De vraag klemmt temeer wanneer een wanverhouding bestaat tussen de ernst van het criminele doel onderscheidenlijk de collateral offence.

De opvattingen over de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer voor collateral offences lopen uiteen. Afgezien van de verschillende grondslagen die in de literatuur worden gegeven, variëren de zienswijzen van schrijvers die deze aansprakelijkheid als onproblematisch waarden²⁴⁶ tot zij die deze aansprakelijkheid afwijzen.²⁴⁷ Verwacht mag worden dat het debat over de rechtvaardiging van aansprakelijkheid van de jce-deelnemer voor collateral offences de komende tijd zal voortduren.

246 Zo bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 228–230.

247 In die zin Krebs 2010, p. 603–604. De schrijfster betoogt dat het een stap in de goede richting zou zijn wanneer in het geldende recht tenminste een aanvaardingseis (*‘acquiescence’*) zou worden gesteld ten aanzien van de kwade kans op de collateral offence.

4 Afwijkingen tussen het gepleegde en het door de jce-deelnemer voorgestelde feit

4.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is de aandacht gericht op de aansprakelijkheidsverruiming die de jce-figuur meebrengt. In deze paragraaf wordt beschreven in hoeverre de jce-deelnemer aansprakelijk is voor feitelijk afwijkende uitvoeringswijzen (variations) van het gezamenlijke criminele doel. Om welk type afwijkingen gaat het dan? Het draait *niet* om aansprakelijkheid voor delictsbestanddelen die zich onttrekken aan de mens rea van de jce-deelnemer – bijvoorbeeld: de mededader pleegt een murder, waar de jce-deelnemer slechts de kwade kans op manslaughter heeft voorzien. In paragraaf 2.3.2.2 is immers al gebleken dat delictsbestanddelen essential elements zijn waarop de mens rea van accessory en jce-deelnemer is betrokken. In het voorbeeld is de jce-deelnemer dus hoogstens aansprakelijk voor manslaughter.

In de hieronder aan bod komende casus is de mens rea van de jce-deelnemer gericht op die bestanddelen. Telkens wijkt de feitelijke gang van zaken op een bepaald punt af van de voorstelling die de jce-deelnemer zich daarvan heeft gemaakt. De afwijking is gelegen in ofwel de *vervullingswijze* van die bestanddelen (bijvoorbeeld: niet ‘X’ wordt gedood, maar ‘Y’) dan wel *overige uitvoeringsaspecten* (bijvoorbeeld: X zal worden gedood op voorwaarde dat ‘omstandigheid Y’ zich voordoet, maar ‘zonder dat Y zich voordoet’ wordt X gedood). Deze afwijkingen kunnen zich voordoen ten aanzien van zowel de agreed als de collateral offence. Het op de agreed offence toegesneden voorbeeld – niet ‘X’ wordt gedood, maar ‘Y’ – kan zich immers op soortgelijke wijze voordoen in de gedaante van de collateral offence: de jce-deelnemer voorziet de kwade kans dat zijn mededader in het kader van de geplande woninginbraak (agreed offence) de ‘woning-eigenaar’ zal doden (vervullingswijze collateral offence), maar in plaats daarvan doodt de mededader de gealarmeerde ‘buurman’ (vervullingswijze collateral offence).

In de handboeken wordt het afwijkingsvraagstuk voor de accessory respectievelijk jce-deelnemer gescheiden gepresenteerd.²⁴⁸ Maar in wezen geldt voor beide figuren dezelfde benadering, ongeacht of de afwijking zich voordoet in de context van een common purpose.²⁴⁹ Ik knoop aan bij die gelijkstelling. De kernvraag is telkens welke feitelijk afwijkende uitvoeringswijzen van het gezamenlijke criminele doel – dat wil zeggen: afwijkingen gelegen in de vervullingswijze van de agreed of collateral offence dan wel overige uitvoeringsaspecten – voor rekening komen van de jce-deelnemer, en welke criteria in dat verband worden aangelegd.

248 Zie bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 209-213 jo. 213-226.

249 Zo K.J.M. Smith 1991, p. 197-198 jo. 222-225: ‘(...) the substantive rules of variation should be common to all accessories [d.i. secondary parties, AP]’. In die zin lijkt ook het geldende recht te worden geïnterpreteerd. Vgl. Ormerod 2011, p. 212-213; Law Commission 2007, B. 100, nt. 130 jo. B. 89-100.

In de literatuur wordt geconstateerd dat de complexiteit van dit afwijkingsvraagstuk wordt veroorzaakt doordat drie variabelen in het spel zijn: ‘whether the principal’s departure was *deliberate, accidental or mistaken*; the *degree* of the principal’s deviation from the originally conceived behaviour; and the particular *nature or substance* of the deviation [cursiveringen, AP].’²⁵⁰ In lijn met het heersende gebruik in Engeland structureer ik het vraagstuk aan de hand van de eerste variabele, te weten het onderscheid tussen enerzijds opzettelijke afwijkingen (‘*deliberate variations*’, ook wel ‘*voluntary changes*’ genoemd) en anderzijds niet-opzettelijke afwijkingen (‘*accidental or mistaken variations*’).²⁵¹ In het eerste geval wijkt de principal *vrijwillig* af van het gezamenlijke criminele doel, in het tweede beoogt de principal uitvoering te geven aan dat doel (*onvrijwillige* afwijking).²⁵² Bij de behandeling komen de overige variabelen – in *hoeveer* (‘degree’) en ten aanzien van welk uitvoerings*aspect* (‘nature or substance’) verschilt het gepleegde van het door de jce-deelnemer beoogde – uiteraard ook aan bod.

4.2 De mededader wijkt onvrijwillig af van de common purpose

De categorie ‘onvrijwillige afwijkingen’ ziet op gevallen waarin de mededader (principal) de uitvoering van de common purpose nastreeft, maar desondanks een *andere* vervullingswijze van het strafbaar feit realiseert. Vaak speelt de kwestie bij gevolgsdelicten. Eerst sta ik kort stil bij soortgelijke feitelijke afwijkingen in de context van principalship, daarna richt ik de aandacht op de jce-deelnemer.

De mens rea van de *principal* – in de context van de jce: de mededader – wordt niet aangetast door een voor hem onvoorziene vervullingswijze van het delict.²⁵³ Of het verschil nu is gelegen in een onvoorziene totstandkomingswijze van het gevolg (‘unforeseen mode’)²⁵⁴, een dwaling ten aanzien van de identiteit van

250 K.J.M. Smith 1991, p. 198.

251 Aldus bijvoorbeeld ook Ormerod 211–213; Law Commission 2007, B. 90 (‘crucial factor’); K.J.M. Smith 1991, p. 198 (‘the least imperfect approach’). Anders Lanham 1980.

252 Zo Herring 2012, p. 876.

253 Zie bijvoorbeeld Ashworth 2009, p. 192.

254 Bijvoorbeeld: A schiet en mikt met ‘intent to kill’ op het hart van B, de kogel treft echter een boven B hangend object dat met dodelijk gevolg neerkomt op het hoofd van B. De afwijkende totstandkomingswijze is ‘legally irrelevant’ voor de mens rea van A; zijn ‘intent to kill’ blijft onaangetast. Nu ook sprake is van een causaal verband tussen de handeling van A (het lossen van het schot) en de dood van B, is A strafbaar voor murder. Een ‘unforeseen mode’ staat overigens niet gauw in de weg aan causaliteit. Ingeval de onvoorziene totstandkomingswijze wordt veroorzaakt door een *natural event* – zoals in het voorbeeld – dan is causaliteit gegeven, *tenzij* die totstandkomingswijze *redelijkerwijs niet voorzienbaar* is. Anders gezegd: de ‘natural event’ doorbreekt enkel het causaliteitsverband als dat vooral zich laat kwalificeren als “something extraordinary”. Die voorzienbaarheidseis geldt echter *niet* wanneer de principal ‘intent’ heeft ten aanzien van het delictsgevolg (zoals in het voorbeeld); ook al is het interveniërende ‘natural event’ redelijkerwijs niet voorzienbaar, de principal geldt desondanks als veroorzaker van het gevolg. Zie hierover Simester, Spencer e.a. 2010, p. 89–91. Indien de interventie bestaat uit het handelen van een *human being* – bijvoorbeeld: de arts maakt een fatale fout bij de behandeling van een levensgevaarlijke wond van het slachtoffer, welke wond is veroorzaakt door de principal – dan hangt het sterk af van de omstandigheden van het geval of de handeling van de principal geldt als oorzaak van het delictsgevolg.

het rechtsgoed (error in objecto/persona, dat is een ‘mistaken change of victim or outcome’)²⁵⁵ of een afdwaling van het projectiel (aberratio ictus, dat is een ‘accidental change of victim or outcome’)²⁵⁶; een onvoorziene vervullingswijze laat de mens rea van de mededader onaangeroerd.²⁵⁷ In het laatste geval (aberratio ictus) wordt gebruikgemaakt van de ‘doctrine of transferred malice/fault’. Die figuur maakt dat het doden van een ander slachtoffer dan het beoogde, aan de intent van de principal kan worden toegerekend; de intent om X te doden wordt overgeheveld naar de intent om Y te doden (transferred intent).²⁵⁸ De principal is aansprakelijk voor murder op Y.²⁵⁹ De mens rea van de principal hoeft dus enkel te zijn betrokken op delictsbestanddelen, aan welke bestanddelen een *abstracte* inhoud wordt toegekend: ‘It is murder of *any* human being (...) that the law criminalises; not murder of a *particular* person [cursivering, AP].’²⁶⁰

Een verschil tussen de voorgestelde en feitelijke vervullingswijze levert geen aantasting op van mens rea, zolang die mens rea is gericht op het bestanddeel (element). Het bedoelde verschil is enkel van invloed op de strafmaat. Deze benadering wordt door sommige schrijvers bediscussieerd. Zo betwijfelt Ashworth of deze pragmatische benadering zich laat verenigen met het *principle of fair labelling*. Is het redelijk om iemand die bijvoorbeeld ten onrechte veronderstelt een goedkope *kopie* van een schilderij te beschadigen²⁶¹ terwijl het in werkelijkheid gaat om het dure *originele* exemplaar (mistaken change), te kwalificeren als principal ten aanzien van de beschadiging van het *originele exemplaar*?²⁶²

255 Bijvoorbeeld: de principal schiet met ‘intent to kill’ op het slachtoffer dat hij houdt voor X, maar in werkelijkheid is het Y. Het slachtoffer dat de principal beoogde te doden, is gedood, zijn dwaling betreft enkel de *identiteit* van dat slachtoffer. In een dergelijk geval wordt hij onverkort aansprakelijk gehouden voor murder op Y. In die zin Ormerod 2011, p. 137.

256 Bijvoorbeeld: de principal schiet met dodingsopzet op slachtoffer X, maar hij treft niet-opzettelijk Y. In tegenstelling tot de ‘mistaken change’ wordt in dit geval een *ander* slachtoffer getroffen dan de principal beoogde: hij mikte op X, maar hij trof Y.

257 Zie Ashworth 2009, p. 192.

258 Vgl. Law Commission 2007, B. 91, nt. 121. De regel beperkt zich niet tot het overhevelen van enkel de mens rea ‘intention’, maar is van toepassing op *alle* typen mens rea. Zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 164.

259 Zo Ashworth 209, p. 193.

260 Simester, Spencer e.a. 2010, p. 232. Zo bijvoorbeeld ook K.J.M. Smith 1991, p. 198. Dit wordt ook wel het ‘impersonality principle’ genoemd. Deze heersende opvatting in Engeland komt overeen met de Gleichwertigkeits-theorie, een minderheidsopvatting in Duitsland.

261 Het draait om het delict ‘destroying or damaging property’, strafbaar gesteld in de Criminal Damage Act 1971, section 1: ‘A person who without lawful excuse destroys or damages any *property belonging to another* intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence [cursivering, AP].’ De abstracte formulering maakt dat een afwijking al gauw behoort tot de *vervullingswijze* van het delict.

262 In die zin Ashworth 2009, p. 193: ‘English law favours the pragmatic answer of reflecting shades of moral culpability at the *sentencing stage*, but one might argue on principle that to convict this person of intentionally or recklessly damaging a valuable painting is a *gross mislabeling of the wrong* [cursiveringen, AP].’ Ashworth voert hetzelfde bezwaar aan ingeval het gaat om een *accidental change* (de principal werpt een steen met als doel een ruit te beschadigen, maar raakt in plaats daarvan een schilderij).

Zolang de mededader de uitvoering van de common purpose nastreeft, is een andere vervullingswijze van het delict door de mededader – als gevolg van een ‘unforeseen mode’ dan wel een ‘accidental’ of een ‘mistaken change of victim or outcome’ – evenmin van invloed op de mens rea van de *jce-deelnemer*. De ‘definitional immateriality’ van de vervullingswijze van het delict geldt ook voor de *jce-deelnemer*.²⁶³ Fouten en vergissingen van de mededader komen dus voor rekening van de *jce-deelnemer*, mits de mededader volgens plan handelt en de niet-voorzien uitvoeringswijze dezelfde delictsbestanddelen vervult als die waarop de mens rea van de *jce-deelnemer* was gericht. Hoewel de in de literatuur gegeven voorbeelden zijn betrokken op een afwijkende vervullingswijze van de *agreed offence*, zal het rechtsgevolg niet anders zijn als de afwijking zich voordoet bij een *collateral offence*. De *jce-deelnemer* die bijvoorbeeld de kwade kans voorziet dat zijn gewapende mededader ter uitvoering van een woninginbraak (*agreed offence*) een murder begaat op de huiseigenaar (*collateral offence*) is aansprakelijk voor murder als die mededader met intent to kill vuurt op de huiseigenaar, maar per ongeluk een omwonende treft (*aberratio ictus*).²⁶⁴ Dat de *jce-deelnemer* in deze gevallen opdraait voor fouten en vergissingen van zijn mededader vindt zijn verklaring in de *afgeleide aansprakelijkheid* van de *jce-deelnemer*: ‘These propositions all apply the logic of English law’s “derivative” theory of complicity, whereby the accomplice’s liability derives from that of the principal.’²⁶⁵ Met andere woorden: als dergelijke fouten en vergissingen niet in de weg staan aan de strafbaarheid van de principal, dan evenmin aan de daarvan afgeleide aansprakelijkheid.

In de inleiding van deze paragraaf is, behalve aan de factor of de afwijking al dan niet ‘vrijwillig’ is geweest, gerefereerd aan twee andere factoren die van invloed zijn op het afwijkingsvraagstuk: de graad (degree) van de afwijking en het uitvoeringsaspect (nature or substance) waarop dat verschil betrekking heeft. De hierboven weergegeven heersende opvatting laat zien dat bij onvrijwillige afwijkingen door de mededader, de toegestane *graad* van de afwijking wordt bepaald door het bereik van de delictsbestanddelen; zolang de voorgestelde en de afwijkende vervullingswijze hetzelfde bestanddeel vervullen, levert die afwijking geen aantasting op van de mens rea van de mededader of de *jce-deelnemer*. Ook het precieze uitvoeringsaspect blijkt dan irrelevant te zijn.

263 Zo K.J.M. Smith 1991, p. 199. In gelijke zin Ormerod 2011, p. 212–213; Simester, Spencer e.a. 2010, p. 232; Law Commission 2007, B. 91.

264 Vgl. ook Law Commission 2007, 3.153–3.164. De Law Commission kiest in geval van *vrijwillige* afwijkingen van de common purpose door de mededader dezelfde benadering, of de afwijking nu de *agreed* of *collateral offence* betreft. Het ligt voor de hand dat dit bij *onvrijwillige* afwijkingen niet anders is.

265 Ashworth 2009, p. 424.

4.3 De mededader wijkt vrijwillig af van de common purpose

4.3.1 Inleiding

De situatie is anders wanneer de mededader *vrijwillig* afwijkt van de uitvoering van het gezamenlijke criminele doel. De heersende opvatting lijkt te zijn dat de jce-deelnemer in dat geval niet aansprakelijk is voor een afwijkende vervullingswijze van het delict, als die afwijking *wezenlijk* (substantial) is.²⁶⁶ Wanneer sprake is van een wezenlijke afwijking is allerm minst uitgekristalliseerd: er is weinig literatuur en rechtspraak over dit thema. In de aanwezige bronnen zijn wel hoofdlijnen te onderscheiden. Die hoofdlijnen beoog ik in deze subparagraaf in kaart te brengen.

In literatuur en rechtspraak blijken in dit verband drie aansprakelijkheidsbeperkende principes een rol te spelen: het principe van de ‘Voluntary and Causally Independent Principal’, de ‘Expressed Limited Authority’ en de ‘fundamentally different act rule’.²⁶⁷ Ik sta stil bij deze principes, en ik probeer de onderlinge verhouding daartussen weer te geven.

4.3.2 Limiterend principe I: Voluntary and Causally Independent Principal

Dit principe knoopt aan bij het vereiste *verband* (connection) tussen de deelnemingsgedraging en het gepleegde delict.²⁶⁸ In geval van de jce-aansprakelijkheid: het delict moet in voldoende verband staan tot de wederzijdse encouragement die tot uitdrukking komt in het nastreven van het gezamenlijke criminele doel. Het bedoelde verband begrenst de aansprakelijkheid: die aansprakelijkheid strekt zich niet uit tot door de mededader verrichte delictshandelingen die zich als ‘uninfluenced’ en ‘independent’ verhouden tot de door de secondary party verleende ‘assistance’ of ‘encouragement’.²⁶⁹ Een dergelijke feitelijke delictshandeling is het product van een ‘Voluntary and Causally Independent Principal’; in dat geval berust de verantwoordelijkheid daarvoor enkel bij de principal.²⁷⁰ Dit principe lijkt vooral in de rechtspraak naar voren te komen.

266 Zo Ormerod 2011, p. 211-212; Law Commission 2007, B. 90; K.J.M. Smith 1991, p. 205-206. De wortels reiken diep, zo blijkt uit de in 1824 gegeven overweging van Hawkins: “If a man command another to commit a Felony on a *particular Person or Thing*, and he does it on another; as to kill A and he kills B or to burn the house of A and he burns the house of B or steal an Ox, and he steals a Horse; or to steal such Horse, and he steal another; (...) the Commander is not an Accessory because the Act done varies in *Substance* from that which was Commanded [cursivering, AP].” Het citaat is opgenomen in Law Commission 2007, B. 90.

267 De benaming van de eerste twee principes is ontleend aan K.J.M. Smith 1991, p. 202-208. De laatste is afkomstig uit de rechtspraak.

268 Zie paragraaf 2.3.2.1 over dat verband.

269 K.J.M. Smith 1991, p. 229. Negatief geformuleerd is de secondary party dus alleen strafbaar voor een uitvoeringswijze van de common purpose bij ‘absence of an unassisted or uninfluenced independently acting perpetrator (p. 207)’.

270 Vgl. K.J.M. Smith 1991, p. 229.

In de rechtspraak hebben zich een aantal zaken voorgedaan waarin de vervullingswijze van het delict identiek is aan de voorstelling die de secondary party zich daarvan heeft gemaakt, maar de verdediging betoogde dat de deelnemingsgedraging niet van invloed is geweest op die delictsverwezenlijking. De principal zou, zo meende de verdediging telkens, zijn eigen plan hebben getrokken. Het delict zou om die reden primair het product zijn geweest van *eigengereid optreden*. De casus die ik hieronder bespreek waarin een dergelijk verweer wordt opgeworpen, draait om ‘counselling’ (encouragement).²⁷¹ Het is echter aannemelijk dat de gekozen benadering ook geldt voor de jce-deelnemer.²⁷²

De aanwezigheid van een verband tussen deelnemingsgedraging en delict stond ter discussie in de zaak ‘Luffman’²⁷³. In deze casus wordt een huurmoordenaar door een tweetal accessories verzocht om de echtgenoot van een van hen te doden (counselling ten aanzien van murder). Daartoe overhandigen de accessories een vuurwapen aan de huurmoordenaar. Deze doodt het beoogde slachtoffer. Ter terechtzitting verklaart de huurmoordenaar echter na het overhandigen van het vuurwapen niet van zins te zijn geweest om het slachtoffer te doden. Hij wilde het slachtoffer enkel beroven. Tijdens die uit de hand gelopen beroving zou hij het slachtoffer hebben gedood. Tegen de achtergrond van die verklaring stelt de verdediging dat de huurmoordenaar ‘by killing in the course of an attempted robbery’ had gehandeld ‘outside the scope of his authority’. De Court of Appeal oordeelt anders: ‘The fact that he intended to rob the deceased (...) does not (...) take his actions outside the scope of the appellants’ authority. In fact, he did exactly what he had contracted to do (...). If [huurmoordenaar] killed [slachtoffer] because his plan to rob him went wrong, his actions were not so *fundamentally different* from those *foreseen* by the appellants as to sever any *causal connection* between the appellant’s act and the commission of the offence [cursivering, AP].’²⁷⁴ Al zou de murder van het slachtoffer het gevolg zijn van het berovingsplan, het vereiste verband tussen ‘counselling’ en ‘murder’ blijft intact. Voor de beoordeling van dat verband is klaarblijkelijk van betekenis in hoeverre het gepleegde delict afwijkt van wat de deelnemer heeft ‘voorzien’. Dat de vraag naar de vereiste ‘connection’ is verknoopt met de vraag in hoeverre het gepleegde afwijkt van het door de secondary party voorziene, blijkt ook uit de beslissing van de Court of Appeal in de zaak ‘Stringer’. Uit die

271 Zie over deze actus reus paragraaf 2.3.2.1.

272 De deelnemingshandeling van de jce-deelnemer is immers dat hij zijn mededader aanmoedigt om de agreed offence te verwezenlijken, doordat zij een gezamenlijk crimineel doel nastreven.

273 *Luffman* [2008] EWCA Crim 1739. Zie voor een soortgelijk voorbeeld de beslissing van de Court of Appeal in *Calhaem* [1985] 1 QB 808.

274 Lord Justice Gage, punt 43. Deze benadering heeft veel weg van de aansprakelijkheid van de principal voor een onvoorziene totstandkomingswijze van het delictsgevolg (unforeseen mode). Ook het causaliteitsverband tussen de feitelijke delictshandeling van de principal en de intrede van het delictsgevolg bleek te worden doorbroken door een voorval dat zich laat kwalificeren als ‘something extraordinary’. In dat geval is de intrede van het gevolg gebaseerd op toeval, niet op het risico dat is geschapen door de principal.

beslissing wordt wel afgeleid dat die ‘connection’ wordt *verondersteld* aanwezig te zijn wanneer de ‘principal does (...) what he has been encouraged or assisted to do’.²⁷⁵ Tegen die achtergrond kan de uitkomst in Luffman worden begrepen: de principal deed immers precies wat de secondary party wilde.

De zaken Luffman en Stringer laten zien dat in de rechtspraak een ‘wide interpretation’ wordt gegeven aan het vereiste verband tussen deelnemingsgedraging en delictsuitvoering.²⁷⁶ Dat verband wordt alleen dan doorsneden, zo wordt door de Court of Appeal benadrukt in onder meer de zaak Bryce, als de handelwijze van de principal moet worden beschouwd als een “*overwhelming supervening event* which is of such a character that it will relegate into history matters which would otherwise be looked upon as causative factors [cursivering, AP]”.²⁷⁷ In dat geval is er sprake van een ‘break in the chain of causation’.^{278/279} Een ‘overwhelming supervening event’ zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de principal weliswaar het door de secondary party beoogde slachtoffer van het leven berooft (zoals in Luffman), maar de principal zelf niet beseft dat juist dát slachtoffer wordt gedood (anders dan in Luffman).²⁸⁰ Vermoedelijk leveren ‘changes of plan by the principal’ niet snel een doorbreking op van het causaliteitsverband.²⁸¹

275 Zie Stringer [2011] EWCA Crim 1396. Toulson L.J. overweegt in die zaak: ‘If D provides assistance or encouragement to P, and P does that which he has been encouraged or assisted to do, there is good policy reason for treating D’s conduct as materially contributing to the commission of the offence, and therefore justifying D’s punishment as a person responsible for the commission of the offence, *whether or not P would have acted in the same way without such encouragement or assistance* [cursiveringen, AP].’ Zie over deze zaak Virgo 2012, p. 859-860: ‘(...) as long as it can be shown that [P] was aware of the communication, it can be *presumed* that this influenced the crime committed by [P] as long as [P] happened to do that which he was encouraged to do [cursivering, AP].’

276 Zo de Court of Appeal in Bryce [2004] EWCA Crim 1231, punt 74. De analyse wordt gekoppeld aan ‘assisting’ en ‘counselling’.

277 Court of Appeal in Bryce [2004] EWCA Crim 1231, punt 75. De Court of Appeal citeert uit de beslissing van de Court of Appeal in Anderson and Morris [1966] 2 QB 110.

278 Aldus Toulson L.J. in de beslissing van de Court of Appeal in Mendez and Thompson [2010] EWCA Crim 516, [2011] 1 Cr App R 10, punt 22.

279 Deze lijn in de jurisprudentie, waarin de begrenzing van de aansprakelijkheid van de secondary party wordt gezocht in *causaliteit*, wordt door sommige schrijvers bekritiseerd: nu een causaliteitsverband tussen deelnemingshandeling en delict überhaupt niet is vereist, kan het ontbreken daarvan om die reden niet in de weg staan aan de aansprakelijkheid van de secondary participator (zo bijvoorbeeld al Clarkson 1998, p. 559). Deze kritiek lijkt ongegrond: in de bedoelde rechtspraak wordt, in aansluiting van de heersende opvatting, gedoeld op het vereiste *verband* tussen deelnemingsgedraging en delict. Met het oog daarop wordt gesproken van een ‘causative factor’, maar daarmee wordt *niet* bedoeld dat het delict zonder de deelnemingshandeling niet zou zijn gepleegd (zo uitdrukkelijk Mendez and Thompson [2010] EWCA Crim 516, [2011] 1 Cr App R 10, punt 23).

280 Zo vrij naar het voorbeeld van de Court of Appeal in Calhaem [1985] 1 QB 808: ‘(...) if the principal offender happened to be involved in a football riot (...) and killed someone who, *unknown to him*, was the person whom he had been counselled to kill, he would not (...) have been acting within the scope of his authority; he would have been acting entirely outside it, albeit what he had done was what he had been counselled to do [cursivering, AP].’

281 Aldus Ashworth 2004, p. 936. Ook een aanzienlijk *tijdsverloop* tussen de totstandkoming van de common purpose en de uitvoering daarvan door de mededader, doorbreekt op zichzelf niet snel het verband tussen de jce en die delictsuitvoering. De Law Commission geeft in dat verband een

4.3.3 Limiterend principe II: Express Limited Authority

In het eerste limiterende principe dat is besproken, wordt de beperking gezocht in het domein van causaliteit. Het tweede limiterende principe dat in deze subparagraaf in kaart wordt gebracht, knoopt aan bij de beperkingen die de jce-deelnemer stelt aan de uitvoeringswijze van het gezamenlijke criminele doel.²⁸² Doorslaggevend is welke beperkingen de jce-deelnemer *kenbaar* voor zijn mededader stelt aan die uitvoeringswijze (Express Limited Authority).²⁸³ Hieronder wordt een aantal casusposities uit de rechtspraak en literatuur behandeld, waarin de rol van Express Limited Authority tot uiting komt.

4.3.3.1 Voorbeelden

Soms heeft de beperking betrekking op de *vervullingswijze van het delict*. De beslissing van de Crown Court in ‘Leahy’ is daarvan een voorbeeld.²⁸⁴ In deze zaak ontvangt de principal een aantal klappen van X. Dit vertelt de principal aan Leahy, de secondary party. Leahy moedigt de principal daarop aan om wraak te nemen op X: de principal zou X met glaswerk te lijf moeten gaan (‘glass him’). In plaats van X aan te vliegen, plant de principal echter opzettelijk een stuk glas in de nek van Y. De Crown Court acht Leahy niet aansprakelijk voor het op Y toegepaste geweld: ‘the offence carried out was not the offence [Leahy] sought to encourage (...)’.²⁸⁵ De aanmoediging behelsde immers enkel een kenbare goedkeuring ten aanzien van het verwonden van slachtoffer X, niet van Y.

De limitering kan ook betrekking hebben op een ander aspect van de vervullingswijze, bijvoorbeeld de totstandkomingswijze van het delictsgevolg. Baker geeft een voorbeeld waarin de secondary party ten overstaan van de principal aangeeft dat de laatste zijn vrouw om het leven moet brengen, en dat het voor hem van eminent belang is dat daarbij de schijn wordt gewekt dat het een verkeersongeval betreft. Het in scène zetten van een ongeval zou de secondary party verzekeringsgeld moeten opleveren. Baker stelt dat de secondary party in

voorbeeld waarin de jce-deelnemer en zijn mededader afspreken om op tijdstip X het huis van het slachtoffer in brand te steken, de jce-deelnemer de mededader per brief aanmoedigt om het delict te plegen, en de mededader daarop, aangemoedigd door brief en afspraak, pas *een jaar* later het huis van het slachtoffer in brand steekt. In de ogen van de Law Commission zijn er in dat geval ‘strong grounds’ om aan te nemen dat de jce-deelnemer aansprakelijk is voor de brandstichting (aldus Law Commission 2007, 3.160–161). De jce blijkt zelfs mogelijkerwijs bestand tegen een tijdsverloop van *vier jaar* tussen criminele afspraak en uitvoering (in die zin Law Commission 2007, A.22 jo. 25). Het is onduidelijk of de opvatting van de Law Commission ten aanzien van het tijdsverloop steun vindt in het geldende recht.

282 De bedoelde beperking heeft betrekking op de vervullingswijze van de agreed of collateral offence dan wel overige uitvoeringsaspecten. Zie daarover paragraaf 4.1.

283 In die zin Ormerod 2011, p. 212: ‘Whether the variation is, or is not, one of substance, depends on the *purpose* of D as *expressed* to P [cursiveringen, AP].’ Vgl. in soortgelijke zin K.J.M. Smith 1991, p. 202–203; Baker 2012, p. 498. De goedkeuring zal vaak blijken uit een vorm van overeenstemming met de mededader, maar op zichzelf is consensus niet vereist.

284 Leahy [1985] Crim LR 99.

285 Instemmend J.C. Smith 1985, p. 100: ‘[Principal] seems to have acted intentionally outside the scope of the common purpose, so the defendant was not liable for what he did.’

dat geval ‘on principle’ niet strafbaar is voor de levensberoving van zijn vrouw ‘if the assassin then uses a knife’.²⁸⁶ Kennelijk is in deze casus van betekenis dat de precieze vervullingswijze van het grootste belang is geweest voor de secondary party.

De beperking kan ook zien op een uitvoeringsaspect dat is gelegen *buiten de delictsomschrijving*. De bizarre Zuid-Afrikaanse zaak ‘Robinson’ is daarvan een voorbeeld.²⁸⁷ In deze zaak hing het *al dan niet uitvoeren van de agreed offence* af van de ‘toestemming’ van het slachtoffer. Het slachtoffer spreekt met de jce-deelnemer en diens mededaders af dat hij door hen om het leven wordt gebracht; het slachtoffer voorkomt in dat geval een vervolging voor fraude, terwijl de daders profiteren van diens levensverzekering. Wanneer zijn doodsuur is gekomen, trekt het slachtoffer zijn toestemming in. Niettemin wordt het slachtoffer door een van de mededaders om het leven gebracht. Het Zuid-Afrikaanse rechtscollege acht de jce-deelnemer *niet* aansprakelijk voor die dodingshandeling. De common purpose bestond uit ‘murder with consent’, zo stelde dat college vast, en de jce-deelnemer had niet voorzien dat zijn mededader het slachtoffer ook zonder diens toestemming zou doden.²⁸⁸

Ormerod lijkt de uitkomst in deze zaak te onderschrijven: ‘if [mededader] knows that a *condition precedent of the agreement* has not been performed (whether or not forming part of the definition of the offence), he might naturally be said to be no longer engaged on the joint enterprise [cursivering, AP].’²⁸⁹ Dat veronderstelt dat de jce is verbonden met de toestemming van het slachtoffer.²⁹⁰ In lijn met de casus in Robinson verdedigt Ormerod dat een jce-deelnemer niet strafbaar is voor de levensberoving wanneer hij met zijn mededader afspreekt om het slachtoffer te doden áls deze overspel pleegt met de echtgenote van de jce-deelnemer (voorwaarde), en de mededader nadat hij heeft ontdekt dat het slachtoffer *niet* overspelig is (voorwaarde niet vervuld), dat slachtoffer toch uit de weg ruimt.²⁹¹ De jce lijkt in dergelijke gevallen door Ormerod te worden begrepen als een samenwerking die berust op een ‘common *conditional intent/purpose*’: het al dan niet vervullen van de voorwaarde bepaalt óf sprake is van een common purpose, en aan de hand daarvan moet worden bepaald of de uitvoering van het delict ook voor rekening komt van de jce-deelnemer.²⁹²

286 Baker 2012, p. 498.

287 *Robinson* [1968] (1) SA 666. De feiten heb ik ontleend aan de beschrijvingen van Ormerod (Ormerod 2011, p. 212) en K.J.M. Smith (K.J.M. Smith 1991, p. 201).

288 Dat oordeel werd niet unaniem gedeeld. Raadsheer Holmes JA stelt: “(...) looking squarely at the whole train of events, the conspiracy was fulfilled in death, and there is no room for exquisite niceties of logic about the exact limits of the mandate in the conspiratorial common purpose.” Het citaat is weergegeven als in Ormerod 2011, p. 212.

289 Ormerod 2011, p. 212.

290 Vgl. K.J.M. Smith 1991, p. 201 (‘their support being contingent on consent’).

291 Ormerod 2011, p. 212.

292 Vgl. Ormerod 2011, p. 212. In dit verband spreekt ook de schrijver over ‘conditional intent’. Deze term heeft dus een andere lading dan ‘voorwaardelijk opzet’: de eerste zegt iets over een te vervullen voorwaarde eer sprake is van ‘intent’, de tweede is betrokken op de kwade kans op het gevolg. Zie

4.3.3.2 Beperkte reikwijdte

De voorbeelden doen vermoeden dat de Express Limited Authority aan de jce-deelnemer de mogelijkheid geeft om in hoge mate zelf het bereik van zijn aansprakelijkheid te bepalen: de uitvoeringswijze die hij kenbaar maakt aan zijn mededader en de beperkingen die hij daaraan stelt, blijken zijn strafbaarheid immers te kunnen begrenzen. In werkelijkheid is de Express Limited Authority maar in een zeer beperkt aantal gevallen van toepassing, en wel om twee redenen.

De eerste reden houdt verband met de interpretatie van een kenbaar gemaakte *toespitsing* ten aanzien van een bepaalde uitvoeringswijze van het gezamenlijk doel. In de hierboven gegeven voorbeelden kan er weinig twijfel over bestaan dat de jce-deelnemer de handelingsvrijheid van zijn mededader op bepaalde punten heeft willen *inperken*. Daarvoor had hij telkens een zwaarwegende reden. Wanneer een dergelijke reden echter ontbreekt, dan wordt een op bepaalde uitvoeringsaspecten toegespitst gezamenlijk doel – bijvoorbeeld het stelen van auto ‘X’ of het doden met behulp van middel ‘Y’ – niet snel opgevat als een tot die uitvoeringswijze *gelimiteerde* afspraak.²⁹³ Dat blijkt uit literatuur over gevallen waarin de mededader vrijwillig een in concreto ander rechtsgoed krenkt dan is afgesproken (bijvoorbeeld een ander geweldsslachtoffer of een ander gestolen goed). Zo betogen sommige auteurs met betrekking tot de jce-deelnemer, dat van betekenis is of de jce-deelnemer ‘would have agreed to participate in an enterprise’ als hij de afwijkende uitvoeringswijze zou hebben voorzien.²⁹⁴ Geredeneerd vanuit dat gedachte-experiment acht de Law Commission de jce-deelnemer in het volgende geval ‘mogelijkerwijs’ aansprakelijk voor het door zijn mededader verwezenlijkte delict: beide jce-deelnemers, ‘motivated by racism’, hebben de common purpose om een ‘Afro-Caribbean man’ zwaar te mishandelen, maar in plaats daarvan besluit de mededader, aangemoedigd door de afspraak met de jce-deelnemer, een ‘Indian man’ te molesteren.²⁹⁵ Het racistische motief van de jce-deelnemer

over het verschil tussen conditioneel en voorwaardelijk opzet ook nt. Keijzer, punt 3 bij HR 8 januari 2013, LJN BX6742, NJ 2013, 112.

293 Vgl. Baker 2012, p. 498: de specificering kan bijvoorbeeld worden geïnterpreteerd als ‘merely a matter of tactics’.

294 Simester, Spencer e.a. 2010, p. 231. Zo ook Law Commission 2007, 3.161. Die gedachte lijkt ook voor Ormerod van betekenis. De auteur beschrijft een geval waarin de secondary party ruzie heeft met het latere slachtoffer. De principal doet de secondary party het aanbod om het *huis* van het slachtoffer in brand te steken. Met het oog daarop geeft de secondary party advies aan die principal (hij voorzag hem van het woonadres van het slachtoffer). Aangekomen op de plaats delict, besluit de principal niet het huis maar de *auto* van het slachtoffer in brand te steken. Ormerod acht de deelnemer tóch aansprakelijk voor het in brand steken van de auto (Ormerod 2011, p. 212): ‘The result might be justified on the basis that D had authorized P to take revenge on V by damaging his *property* and that it did not really matter to her what the property was [cursivering, AP]’. Het veralgemeniseren van de specifieke voorstelling van de deelnemer (‘house’ wordt ‘property’) lijkt gestoeld op de gedachte dat de deelnemer het in brand steken van de ‘auto’ zou hebben goedgekeurd, zou hij het hebben voorzien.

295 Zo Law Commission 2007, A. 25. De ‘jury (...) might conclude that [mededaders] criminal act was within the scope of the venture’. Zie voor een soortgelijk voorbeeld 3.160-161.

maakt dat hij mogelijksterwijs ook de toetaking van het Indische slachtoffer zou hebben goedgekeurd.²⁹⁶ De veronderstelde goedkeuring van de afwijkende uitvoeringswijze kan dus maken dat de geconcretiseerde afspraak (toetaken Afro-Caribbean man), wordt opgevat als *niet* te zijn *beperkt* tot die uitvoeringswijze; er is dan geen sprake van een 'limited authority', waardoor de jce-deelnemer in dat geval ook aansprakelijk kan zijn voor het toetaken van een ander slachtoffer.

De tweede reden dat de limiterende werking van Express Limited Authority zich beperkt tot een kleine groep casus, is gelegen in de omstandigheid dat het *voorzien* van een kwade kans derogert aan de Express Limited Authority. Ingeval de jce-deelnemer met zijn mededader bijvoorbeeld afsprekt om uitvoeringswijze X niet te doen, maar hij voorziet de kwade kans dat zijn mededader X toch zal doen, dan is de jce-deelnemer aansprakelijk voor het doen van X. Wanneer het voorziene dus conflicteert met een gestelde beperking aan de uitvoeringswijze van het gezamenlijk doel, dan bepaalt de eerste het aansprakelijkheidsbereik van de jce-deelnemer: 'if deviation from a hoped for or agreed course of action is contemplated then it will not be *exculpatory* deviation [cursivering, AP].'^{297/298}

Kortom: wanneer de jce-deelnemer zijn deelneming kenbaar voor zijn mededader toespit op een bepaalde uitvoeringswijze van het gezamenlijke criminele doel, dan heeft die toespitsing alleen dan aansprakelijkheidsbeperkende werking, wanneer deze wordt gewaardeerd als *inperking* van de wijze van uitvoering én de jce-deelnemer niet heeft *voorzien* dat zijn mededader

296 De betekenis van de veronderstelde goedkeuring vooraf blijkt ook uit het feit dat de Law Commission er minder voor voelt de jce-deelnemer aansprakelijk te achten wanneer die goedkeuring *niet* kan worden verondersteld (zie Law Commission 2007, A. 26). De 'jury might conclude that [mededaders] criminal act fell outside the scope of the venture' wanneer de jce-deelnemer met zijn mededader afsprekt om slachtoffer X zwaar te mishandelen, maar de door de afspraak gedreven mededader in plaats daarvan zijn eigen aartsvriend Y toetakelt. Een dergelijke situatie lijkt op de casus in de zaak Leahy (zie paragraaf 4.3.3.1), waarin de Crown Court besliste dat de secondary party *niet* aansprakelijk was voor de vrijwillige keuze van de principal voor een ander slachtoffer.

297 K.J.M. Smith 1991, p. 203. In gelijke zin Sullivan 2007, p. 285 en Lord Rodger in de beslissing van de House of Lords in *Rahman* [2008] UKHL 45, punt 36: 'Suppose that, knowing what A is like and that he tends to carry a gun, B *contemplates* that A may take a gun and use it in the course of the attack on the victim. Then, even if B is vehemently *opposed* to the use of a gun and tries to *dissuade* A from carrying one, nevertheless, (...) he will be guilty of murder if A shoots the victim [cursiveringen, AP]. Lord Mustill is afkeurend ten aanzien van deze stand van het recht. In de beslissing van de House of Lords in *Powell/English* [1999] AC 1 overwoog Lord Mustill: '(...) I cannot accomodate this culpability within a concept of joint enterprise. How can a jury be directed at the same time that [jce-deelnemer] is guilty only if he was party to an (...) agreement to do the act in question, and that he is guilty if he not only disagreed with it, but made his disagreement perfectly clear to [mededader]?' Het antwoord op de vraag lijkt te zijn dat Lord Mustill het jce-concept onjuist weergeeft. Een 'agreement to do the act' is niet vereist. Op het moment dat er een gezamenlijk crimineel doel is, stoelt de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer op de kwade kansen die de jce-deelnemer heeft *voorzien*. De aansprakelijkheid berust dus op het voorzien van risico's, niet op het (impliciet) aanvaarden of goedkeuren van een bepaalde handelwijze van de mededader.

298 Dat de aansprakelijkheid wordt bepaald door de voorziene kwade kansen verklaart vermoedelijk dat het Zuid-Afrikaanse rechtcollege in de zaak Robinson ook belang hechtte aan de omstandigheid dat de jce-deelnemer niet had *voorzien* dat zijn mededader het slachtoffer ook 'zonder diens toestemming' zou doden. Zie paragraaf 4.3.3.1.

mogelijkerwijs afwijkt van de door hem beoogde uitvoering.

4.3.4 Tussenbalans

De limiterende principes Voluntary and Causally Independent Principal en Express Limited Authority dienen allebei om de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer te begrenzen; waar eindigt de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer voor feitelijke delictshandelingen van zijn mededader?

In geval van het eerste principe wordt die grens gedefinieerd in termen van *causaliteit*: de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer eindigt daar waar de delictsuitvoering van de mededader niet meer wordt geacht te zijn geschied onder invloed van de deelnemingsgedraging (de wederzijdse encouragement). Dat verband wordt ruim begrepen: het is enkel afwezig bij een ‘overwhelming supervening event’.

Het tweede limiterende principe, de Express Limited Authority, blijkt te worden toegepast in gevallen waarin de mededader kiest voor een *andere* uitvoeringswijze van het gezamenlijk doel dan de jce-deelnemer voor ogen stond. De begrenzing van de jce-aansprakelijkheid wordt in deze situaties bepaald door de aan de mededader *kenbaar* gemaakte *mens rea* van de jce-deelnemer; hij is niet aansprakelijk voor afwijkingen van het door hem kenbaar gemaakte, tenzij hij die afwijking als kwade kans heeft voorzien.

In zowel de benadering via de band van *mens rea* als via de band van causaliteit speelt de door de jce-deelnemer *voorziene* uitvoeringswijze van het gezamenlijke criminele doel een voorname rol.

Hiervoor bleek al dat de Express Limited Authority wordt ‘overruled’ door de kwade kansen die de jce-deelnemer heeft voorzien. Het door de jce-deelnemer ‘voorziene’ bleek in Luffman en Stringer ook van betekenis voor de vraag of de mededader zich al dan niet heeft ‘losgemaakt’ van de deelnemingsgedraging (causaliteit). Zo overwoog de Court of Appeal in Luffman dat de handelingen van de principal ‘were not so fundamentally different from those *foreseen* by the appellants as to sever any *causal connection* between the appellant’s act and the commission of the offence [cursivering, AP].’ De componenten *mens rea* en causaliteit lijken zo bezien niet strikt te worden gescheiden: voor de vraag of het verband tussen deelnemingsgedraging en delict aanwezig is (causaliteit), is klaarblijkelijk ook van betekenis in hoeverre de handelingen van de mededader verschillen van wat de jce-deelnemer heeft voorzien (*mens rea*). Volgens K.J.M. Smith is dat een erfenis uit het verleden: ‘In the case of common purpose, failure to separate these two elements is a legacy from earlier times when the doctrine of common purpose constituted a virtually indivisible amalgam of the *mens rea* and *actus reus* requirements of complicity (...).’²⁹⁹ De Law Commission kiest er in haar rapport voor om deze stand van zaken te handhaven, door het afwijkingsvraagstuk te normeren met een open norm: beslissend is dat de uitvoeringswijze valt binnen de ‘scope of the venture’. Die ‘scope of the venture’

299 K.J.M. Smith 1991, p. 224.

moet worden bepaald op basis van de ‘totality of the facts’, waarbij de Law Commission benadrukt dat ‘no one factor will necessarily prove conclusive’.³⁰⁰

4.3.5 Limiterend principe III: de fundamentally different act-rule bij murder en manslaughter

4.3.5.1 Inleiding

Het derde aansprakelijkheidsbeperkende principe is in de jurisprudentie ontwikkeld in de context van murder en manslaughter.³⁰¹ Dit zijn constructive crimes: het delictsgevolg – de dood van het slachtoffer – is geobjectiveerd. Zo kan, zo bleek al, de jce-deelnemer in geval van een dodelijk slachtoffer aansprakelijk zijn voor murder wanneer hij de kwade kans heeft voorzien dat zijn mededader het slachtoffer met die intent grievous bodily harm toebrengt (zwaar lichamelijk letsel). Het dodelijk gevolg is geobjectiveerd voor principal en jce-deelnemer.³⁰²

De fundamentally different act-rule (hierna: fda-rule) normeert gevallen waarin de jce-deelnemer zich een concrete geweldshandeling als kwade kans heeft voorgesteld, en de *feitelijke geweldshandeling* van de mededader daarvan verschilt. Toegepast op murder: de jce-deelnemer heeft zoals is vereist de kwade kans voorzien dat zijn mededader het slachtoffer zwaar zal mishandelen, alleen is de geweldshandeling feitelijk een andere dan de jce-deelnemer zich heeft voorgesteld. De feitelijke afwijking kan zich voordoen ten aanzien van de agreed en collateral offence. Een voorbeeld toegesneden op de agreed offence: de jce-deelnemer heeft met zijn mededader het gezamenlijk doel om slachtoffer X verbaal te bedreigen (agreed offence), de jce-deelnemer voorziet de mogelijkheid dat zijn metgezel het slachtoffer in plaats daarvan zwaar zal mishandelen door het slachtoffer met een ‘houten knuppel te slaan’ (overschrijding agreed offence). In dat geval voorziet de jce-deelnemer de kwade kans op zware mishandeling door middel van stokslagen. Stel dat de mededader onvoorzien een mes tevoorschijn haalt, en dat hij het slachtoffer doodsteekt in plaats van dat hij stokslagen uitdeelt. Aan de hand van de fda-rule wordt bepaald of de jce-deelnemer aansprakelijk is voor (een deel van) het letsel dat is toegebracht met het mes. In tegenstelling tot de twee limiterende principes die hiervoor zijn beschreven, gaat het dus specifiek om (de gradatie van) ‘geweld’ in de context van een door het gevolg gekwalificeerde delict.³⁰³

300 Zie Law Commission 2007, 3.161.

301 Zo Ormerod 2011, p. 219; Clarkson, Keating & Cunningham 2010, p. 523.

302 Daarover paragraaf 2.2.3. jo. 2.3.2.2, onder a).

303 De fda-rule is wellicht ook van toepassing bij niet-levensdelicten, zonder dat overigens helder is welke inhoud die rule in dat geval heeft. Zie bijvoorbeeld Baker 2012, p. 495.

4.3.5.2 De zaak ‘English’

De fda-rule is door de House of Lords geïntroduceerd in de zaak ‘English’³⁰⁴:

English en zijn mededader hadden het gezamenlijk plan opgevat om een politieagent met houten stokken (‘wooden posts’) te lijf te gaan. Voor zover kon worden vastgesteld bestond de common purpose uit het toebrengen van *some injury* aan de agent. Dat is onvoldoende voor murder; in dat geval is van de principal intent vereist ten aanzien van het zwaar mishandelen (gbh) of doden (kill) van het slachtoffer. Nadat gezamenlijk stokslagen zijn uitgedeeld, trekt de mededader onverwacht voor English een mes. Daarmee steekt de mededader het slachtoffer dood. De mededader is daarmee principal ten aanzien van murder. Vaststond dat English had voorzien dat zijn mededader het slachtoffer mogelijkerwijs met die intent gbh zou toebrengen door middel van ‘stokslagen’. Kortom: English had voorzien dat zijn mededader mogelijkerwijs een murder zou verrichten met behulp van een *stok*, dat de vervullingswijze van murder bestond uit *messteken* kwam voor hem echter onverwacht. Toch werd English door de feitenrechter veroordeeld: wie de kwade kans heeft voorzien dat zijn mededader de bestanddelen van murder vervult, is aansprakelijk voor murder, ongeacht de afwijkende vervullingswijze daarvan – een ‘dodelijke messteek’ in plaats van een ‘fatale stokslag’.

In de procedure bij de House of Lords stelt de verdediging de redenering van de feitenrechter aan de kaak: ‘(...) to be guilty under the principle stated in *Chan Wing-Siu* the secondary party must foresee an *act of the type* [cursivering, AP] which the principal party committed, and that in the present case the use of a knife was *fundamentally different* [cursivering, AP] to the use of a wooden post.’ In de ‘leading speech’ van Lord Hutton, onderschrijft de House of Lords dit standpunt van de verdediging.³⁰⁵ In de casus van English blijkt het verschil in gevaar dat kleeft aan (het gebruik van) stokken respectievelijk een mes, een belangrijke factor te zijn voor het oordeel dat de verrichte geweldshandeling wezenlijk verschilt van de door de jce-deelnemer voorziene handeling. Lord Hutton stelt: ‘(...) if the weapon used by the primary party is different to, *but as dangerous as* [cursivering, AP], the weapon which the secondary party contemplated he might use, the secondary party should not escape liability for murder because of the difference in the weapon (...)’.³⁰⁶ Dat de House of Lords oordeelt dat, in de context van murder, het gebruik van een mes ‘fundamentally different’ is vergeleken met het gebruik van stokken, lijkt dus te zijn gegrond in het verschil in *dodingsgevaar* dat beide wapens in het leven roepen.

304 *Powell/English* [1999] AC 1. De rechtsregel is nadien door de House of Lords onderschreven in *Rahman* [2008] UKHL 45.

305 De in de hoofdtekst weergegeven zienswijze is ‘correct’, aldus Lord Hutton. Deze maatstaf is nadien door de House of Lords bevestigd in *Rahman* [2008] UKHL 45.

306 In gelijke zin Herring 2012, p. 876: ‘One factor which will make an act fundamentally different is if it is much more likely to cause death (...)’. Zo ook Simester, Spencer e.a. 2010, p. 238 (‘dangerousness was regarded as a central factor’) en 240.

4.3.5.3 Casuïstiek: wanneer is een handeling ‘fundamentally different’?

Dat Lord Hutton zijn redenering toespitst op het gebruik van wapens, heeft de vraag opgeworpen of de *fda*-rule daarmee is *beperkt* tot situaties van wapengebruik. In de heersende zienswijze wordt die vraag ontkennend beantwoord: beslissend is of een wezenlijk verschil bestaat tussen de aard van de feitelijke delictshandeling en de handeling die de *jce*-deelnemer heeft voorzien.³⁰⁷ Ik sta stil bij een aantal aspecten van die rechtspraak.

Het eerste is dat een verschil tussen de feitelijke *mens rea* van de *principal* en de voorstelling die de *jce*-deelnemer zich daarvan heeft gemaakt, op zichzelf geen fundamentally different act oplevert. Zo maakt een variatie in de precieze *mens rea*-gradatie waarmee de mededader een murder begaat, die vervullingswijze van murder op zichzelf niet fundamentally different. Uiteraard is is wel vereist dat *jce*-deelnemer voorziet dat zijn mededader *een* mens rea heeft voor murder (‘*gbh*-intent’ dan wel een ‘intent to kill’). Bijvoorbeeld: zoals de *jce*-deelnemer zich heeft voorgesteld doodt de mededader het slachtoffer met een mes (feitelijke delictshandeling), zij het met ‘intent to kill’ (*mens rea*) waar de *jce*-deelnemer slechts ‘*gbh*-intent’ (*mens rea*) heeft voorzien. De *jce*-deelnemer is aansprakelijk voor murder. Dat variaties die de *mens rea* van de *principal* betreffen van ondergeschikte betekenis zijn, wordt afgeleid uit de beslissing van de House of Lords in ‘*Rahman*’.³⁰⁸ Lord Bingham of Cornhill gaf daarvoor twee redenen. De eerste houdt verband met de bewijsvoering: de taak van de jury om vast te stellen welke mogelijke delictshandelingen de *jce*-deelnemer heeft voorzien, is al een lastige, ‘it would (...) border on speculation, to judge what a particular defendant foresaw as the intention with which his associates might perform such acts’.³⁰⁹ In de tweede plaats zou het stellen van die eis niet stroken met ratio van de delictsommschrijving murder, waarin de dood van het slachtoffer is geobjectiveerd: ‘(...) if a person unlawfully assaults another with intent to cause him really serious injury, and death results, he should be held criminally responsible for that fatality, even though he did not intend it.’ Die ratio heeft als consequentie dat bij de *principal* in het midden mag blijven of deze ‘*gbh*-intent’ dan wel ‘intent to kill’ heeft – dat verschil in *mens rea* is ‘legally irrelevant to guilt’, aldus Lord Bingham of Cornhill – en om die reden moet hetzelfde gelden voor de *jce*-deelnemer, voor zover diens foresight-test is

307 Zo Simester, Spencer e.a. 2010, p. 238: ‘It turns on the nature of [mededaders] conduct (...)’.

308 In die zin bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 225. Zie *Rahman* [2008] UKHL 45. Lord Bingham of Cornhill stemt in die zaak in met de overweging van Laws LJ in *Roberts, Day and Day* [2001], EWCA Crim 1594, [2001] Crim LR 984 [52]: “The subject matter of a joint enterprise is not a state of mind or intention but an *objective act* which it is contemplated will or might be done [cursivering, AP].” Daaruit wordt afgeleid dat de foresight-test is betrokken op de uiterlijke handeling van de mededader, niet op de precieze *mens rea* waarmee die handeling wordt verricht.

309 Lord Bingham of Cornhill in *Rahman* [2008] UKHL 45, punt 24. De Lord vervolgt: ‘It is safer to focus on the defendant’s foresight of what an associate might do, an issue to which knowledge of the associate’s possession of an obviously lethal weapon such as a gun or a knife would usually be very relevant.’

betrokken op de mens rea van de principal.³¹⁰

Het tweede relevante aspect van de rechtspraak over de fda-rule, is dat de context waarin de feitelijke delictshandeling wordt verricht wél relevant is in het kader van de fda-rule. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de beslissing van de Court of Appeal in 'AG's Reference (No 3 of 2004)'³¹¹. In deze zaak heeft de jce-deelnemer met twee mededaders het plan opgevat om het slachtoffer bang te maken door ten overstaan van dat slachtoffer met een vuurwapen in de lucht te schieten. De jce-deelnemer laat de uitvoering over aan zijn mededaders. Een van de mededaders lost inderdaad een schot met het vuurwapen. Met het overhalen van de trekker, handelt die mededader dus conform de afspraak.³¹² In plaats van in de lucht te vuren, schiet de mededader echter gericht op het slachtoffer. Bij monde van Lord Justice Hooper acht de Court of Appeal dat schot 'of a fundamentally different character'³¹³: 'It was not the intent to kill which made the killing a fundamentally different act, but the *deliberate shooting at [slachtoffer]* rather than the foreseen deliberate shooting (...) to *frighten [slachtoffer]* [cursivering, AP]'.³¹⁴ Om die reden was de jce-deelnemer niet aansprakelijk voor involuntary manslaughter.³¹⁵

Wellicht is ook de *dualing* van de jce-deelnemer ten aanzien van de *eigenschappen van een (gewelds)middel*, relevant in de context van de fda-rule. Ormerod lijkt die omstandigheid van betekenis te achten. Hij geeft een voorbeeld waarin de mededader conform de common purpose drug XYZ toedient aan het slachtoffer: de mededader weet dat het toedienen van drug XYZ een dodelijke uitwerking zal hebben, terwijl de jce-deelnemer ten onrechte meent dat diezelfde drug enkel zal leiden tot hoofdpijn bij het slachtoffer. Als de toegediende drug vervolgens de dood van het slachtoffer veroorzaakt, dan is de mededader zonder meer als principal strafbaar voor murder. Op basis van het verschil in mens rea zal

310 Lord Bingham of Cornhill in *Rahman* [2008] UKHL 45, punt 25.

311 AG's Reference (No 3 of 2004) [2005] EWCA Crim 1882, [2006] Crim LR 63.

312 Aldus Ormerod 2011, p. 224.

313 AG's Reference (No 3 of 2004) [2005] EWCA Crim 1882, [2006] Crim LR 63, punt 54.

314 Zo diezelfde Lord Justice Hooper in de beslissing van de Court of Appeal in *Rahman* [2007], EWCA Crim 342, waarin hij de beslissing in AG's Reference (No 3 of 2004) uitlegt.

315 Dat de context waarin de feitelijke delictshandeling wordt verricht van betekenis is, komt ook tot uitdrukking in een voorbeeld van Dyson: het voorzien van een 'assault' in de buurt van een ziekenhuis is iets wezenlijk anders dan diezelfde 'assault' op een zeer afgelegen plaats. De laatste handeling is aanmerkelijk levensgevaarlijker. Zie Dyson 2010, p. 427. De uitkomsten die de fda-rule genereert, zijn sterk afhankelijk van de feitelijke waardering van de omstandigheden van het geval. De feitenrechter kan alle kanten op. Zie bijvoorbeeld *Yemoh* [2009], EWCA Crim 930, i.h.b. punt 149. In deze zaak is voorzien dat in het kader van geweldstoepassing de mededader een *Stanley*mes zou aanwenden, terwijl die mededader in plaats daarvan een mes met een *langer lemmet* gebruikt. Lord Justice Hooper overweegt dat geen sprake is van een 'fundamentally different act': 'It is common knowledge that a Stanley knife *can be used* to stab albeit not very deeply and not very efficiently. But a Stanley knife *can also be used* to cause serious injury or death when used in a slashing motion. (...) given that the two knives with which we are concerned in this case are sufficiently similar in their capacity to cause death or serious injury (albeit one primarily by stabbing and one primarily by slashing) it cannot be said, as a matter of law, that the knife used to kill in this case is more lethal than a Stanley knife (...) [cursivering, AP].'

de jce-deelnemer hoogstens aansprakelijk zijn voor involuntary manslaughter: hij heeft immers zwaar lichamelijk letsel (gbh) noch de dood van het slachtoffer voorzien.³¹⁶ In dat geval is echter wel vereist dat de feitelijke delictshandeling van de mededader – het toedienen van drug XYZ – voor rekening mag komen van de jce-deelnemer. Juist dat trekt Ormerod in twijfel: ‘If the drug administred (...) were a *different* drug (...), the answer, it is submitted, would be clear – [jce-deelnemer] is not liable for the consequences of that unforeseen and fundamentally different act. Should it be different where [jce-deelnemers] mistake or ignorance relates not to the *identity* of the thing but to its *attributes* [cursivering, AP]?’³¹⁷ De schaarse jurisprudentie die is verschenen over deze kwestie, is tegenstrijdig.³¹⁸

De rechtspraak over de fda-rule is moeilijk te doorgronden: niet alleen speelt de feitelijke waardering van het feitencomplex een voorname rol in de gevallen die zich voordoen, ook is lang niet altijd duidelijk welke factoren in bijzondere gevallen doorslaggevend zijn geweest voor de vaststelling of een feitelijke delictshandeling ‘fundamentally different’ is,³¹⁹ terwijl beslissingen van lagere rechters soms conflicteren.³²⁰

In de zaak ‘Mendez and Thompson’³²¹ heeft de Court of Appeal geprobeerd

316 Zie over involuntary manslaughter paragraaf 2.2.3.

317 Ormerod 2011, p. 224-225.

318 Vgl. Law Commission 2007, B.146. Als men de door de Court of Appeal genomen beslissing in *Gilmore* [2000] 2 Cr App R 407 doortrekt, dan zou er in het in de hoofdtekst weergegeven voorbeeld geen sprake zijn van een wezenlijke afwijking. Uit de feiten die door de Law Commission worden weergegeven volgt dat de jce-deelnemer in die zaak is betrokken bij het plan om van buitenaf een benzinebom te werpen in de woning van het slachtoffer. Daarbij dwaalt de jce-deelnemer over de grootte en uitwerking van de bom (eigenschap geweldsmiddel); hij veronderstelt dat het een kleine bom betreft die slechts materiële schade aan de woning zal toebrengen, en de bewoners louter schrik zal aanjagen en geen letsel zal toebrengen. In werkelijkheid is de bom groter – daarvan is de bommenwerpende mededader zich wel bewust – en worden de bewoners door de explosie gedood. De mededader is aansprakelijk voor murder. Op basis van deze feiten veroordeelt de Court of Appeal de jce-deelnemer voor involuntary manslaughter. De feitelijke geweldshandeling (het werpen van de benzinebom in een bewoond huis) mocht voor rekening komen van de jce-deelnemer, omdat de mededader, met de woorden van de Law Commission, ‘the very act contemplated by [jce-deelnemer]’ verrichtte. Aan de omstandigheid dat de jce-deelnemer dwaalt ten aanzien van de ‘attributes’ van de bom, komt volgens de Court of Appeal kennelijk onvoldoende gewicht toe. De juistheid van deze beslissing is later in de ongepubliceerde zaak *Van Hoogstraten* [2003] in twijfel getrokken. Volgens Sir Stephen Mitchell had in de bewuste zaak ook meegenomen moeten worden dat “the petrol bomb was *very large* and it would be thrown with the *intention to kill* [cursivering, AP]”, aldus de weergave van de Law Commission. Past men deze benadering toe op het voorbeeld in de hoofdtekst, dan is er in die casuspositie *wel* sprake van een ‘fundamentally different act’.

319 Zie daarover Ormerod 2011, p. 221-225. De schrijver concludeert: ‘(...) the case law has been unclear as to whether the enquiry is focused on the degree of difference in [mededaders] intentions, weapons, actions or the consequence of those’.

320 Daarvan is bijvoorbeeld sprake in de hierboven beschreven zaken ‘Gilmore’ en ‘Van Hoogstraten’ die betrekking hebben op de situatie waarin de jce-deelnemer dwaalt ten aanzien van een eigenschap van het geweldsmiddel.

321 *Mendez and Thompson* [2010], EWCA Crim 516, [2011] 1 Cr App R 10.

te zoeken naar het wezen van de *fda*-rule: wat is dé doorslaggevende factor voor de bepaling of een handeling al dan niet een wezenlijke afwijking oplevert? Onderkennend dat er geen “‘bright line” test” is³²², komt Lord Toulson in de context van murder tot het volgende criterium:

‘In cases where the common purpose is not to kill but to cause serious harm, [jce-deelnemer] is not liable for the murder of [slachtoffer] if the direct cause of [slachtoffers] death was a deliberate³²³ act by [mededader] which was of a kind: (a) *unforeseen* by [jce-deelnemer]; and (b) likely to be *altogether more life-threatening* than acts of the kind intended or foreseen by [jce-deelnemer] [cursiveringen, AP].’³²⁴

De aanzet om de uitwaaiierende case law te vangen in dit overkoepelende criterium, is positief ontvangen in de literatuur.³²⁵ Met dit criterium wordt beslissende betekenis toegekend aan de kansgrootte op een dodelijk gevolg, het *levensgevaar* dat de voorziene onderscheidenlijk onvoorziene delictshandeling in het leven roept. Deze maatstaf lijkt recht te doen aan de beslissing van de House of Lords in English – in welke zaak aan de ‘dangerousness’ van het wapengebruik centrale betekenis werd toegekend – terwijl het criterium tegelijkertijd ruimte biedt om de context waarin de handeling wordt verricht of de dwaling van de jce-deelnemer ten aanzien van een eigenschap van het ingezette (gewelds) middel, mee te wegen in het totaaloordeel (*‘altogether more life-threatening’*).

4.3.5.4 Toepassingsbereik en rechtsgevolg

Hiervoor bleek dat de *fda*-rule de jce-aansprakelijkheid voor murder beperkt: bij een te groot verschil in levensgevaar tussen voorziene en feitelijke delictshandeling, is de jce-deelnemer niet aansprakelijk voor de dood van het slachtoffer. De beperking strekt zich uit tot *elke gradatie* van murder: zowel wanneer de jce-deelnemer enkel de kwade kans heeft voorzien dat zijn mededader het slachtoffer met die intent grievous bodily harm zal toebrengen – de minimumvoorwaarde voor principalship ten aanzien van murder – als wanneer de jce-deelnemer de kwade kans heeft voorzien dat zijn handlanger het slachtoffer zal ‘doden’ met een ‘intent to kill’.³²⁶ Dat de *fda*-rule in dat laatste geval van toepassing is, wordt in de literatuur wel beoordeeld als te ruimhartig. De kritiek houdt in dat wanneer de kwade kans is voorzien op zowel de dood van het slachtoffer als het dodingsopzet van de mededader, de variatie

322 *Mendez and Thompson* [2010], EWCA Crim 516, [2011] 1 Cr App R 10, punt 40.

323 De term ‘deliberate’ beperkt de maatstaf tot gevallen waarin de mededader *opzettelijk/vrijwillig afwijkt* van de uitvoering van de common purpose.

324 *Mendez and Thompson* [2010], EWCA Crim 516, [2011] 1 Cr App R 10, punt 45. Deze formulering is volgens Lord Toulson in lijn met de rechtspraak van de House of Lords in ‘Powell/English’ en ‘Rahman’.

325 Positief bijvoorbeeld Herring 2012, p. 882 (‘clearest statement on the current law to date’); Ormerod 2011, p. (‘welcome attempt’); Dyson 2010, p. 427 (‘one of the best yet’).

326 Dat laatste wordt door de House of Lords duidelijk gemaakt in *Rahman* [2008] UKHL 45. Zo ook Ormerod 2011, p. 220 en Clarkson, Keating & Cunningham 2010, p. 522.

in geweldshandeling enkel betrekking heeft op de precieze wijze waarop die levensberoving tot stand komt.³²⁷

Het enige geval waarin de fda-rule *niet* van toepassing is, is de situatie waarin de jce-deelnemer zélf een *intent to kill* heeft; indien de common purpose bijvoorbeeld bestaat uit het doden van het slachtoffer met stokslagen, dan kan de jce-deelnemer zich niet met succes beroepen op de fda-rule wanneer zijn mededader datzelfde slachtoffer onverwacht met een vuurwapen doodschiet.³²⁸ Dit is in lijn met de benadering van de principal, die ook aansprakelijk wordt gehouden voor een andere totstandkomingswijze van het door zijn intent bestreken delictsgevolg.³²⁹

Het is niet zonneklaar welk *rechtsgevolg* een ‘fundamentally different act’ heeft voor de jce-deelnemer. Helder is dat de jce-deelnemer in dat geval niet aansprakelijk is voor het geobjectiveerd gevolg – de *dood van het slachtoffer*. Dat volgt klip en klaar uit de beslissing van de House of Lords in English. Hiervoor bleek dat de jce-deelnemer in die zaak had voorzien dat zijn mededader mogelijk een murder zou begaan. De door de mededader toegebrachte messteken werden als ‘fundamentally different’ aangemerkt ten opzichte van de door de jce-deelnemer voorziene stokslagen. Dat wezenlijke verschil maakt dat de jce-deelnemer noch aansprakelijk is voor murder noch voor manslaughter. Lord Hutton overwoog: ‘As the unforeseen use of the knife would take the killing *outside the scope of the joint venture* [cursivering, AP] the jury should also have been directed (...) that English should not be found guilty of manslaughter.’³³⁰ Sommige schrijvers leiden hieruit af dat de fda-rule eerst en vooral moet worden gezien als een beperking van de verregaande reikwijdte van murder en manslaughter in de context van de jce-aansprakelijkheid.³³¹

Tegen de achtergrond van die verklaring blijft de mogelijkheid bestaan dat de jce-deelnemer in een zaak als English wél aansprakelijk is voor de door de messteken veroorzaakte ‘infliction of grievous bodily harm’ (*zwaar lichamelijk letsel*).³³² Een aanmerkelijk verschil in levensgevaar – de toetsteen in het kader van de fda-rule – is in dat geval immers minder relevant: het verwijt strekt zich

327 Zo Herring 2012, p. 876: ‘If the accomplice foresees that the principal will kill the victim in one way should it really matter if the principal kills by a different route?’ In gelijke zin Ormerod 2011, p. 220.

328 In die zin bijvoorbeeld de Court of Appeal in *Mendez and Thompson* [2010] EWCA Crim 516, punt 44. Zo ook Ormerod 2011, p. 220.

329 Zie paragraaf 4.2.

330 Zo Lord Hutton in *Powell/English* [1999] AC 1.

331 In die zin Ashworth 2009, p. 426: ‘The “fundamentally different” exception may simply be a pragmatic means of limiting a doctrine whose consequences their Lordships believe to be excessive in some cases, murder particularly.’ Zo ook Dyson 2010, p. 427: ‘While some view this defence as an afterthought to joint enterprise, the better view is (...) that it is “essential protection against the law of murder going too far”.’

332 ‘Inflicting grievous bodily harm’ is strafbaar gesteld in de Offences Against the Person Act 1861, section 20: ‘Whosoever shall unlawfully and maliciously [d.i. intentionally, AP] (...) inflict any grievous bodily harm upon any other person, either with or without any weapon or instrument, shall be liable (...) to imprisonment for a term not exceeding five years.’

slechts uit tot betrokkenheid bij het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Het is onduidelijk of de jce-aansprakelijkheid zich in het geldende recht uitstrekt tot dat delict. In de literatuur lijkt de heersende opvatting te zijn dat een *fundamentally different act* moet worden beschouwd als een *aliud*: die handeling mag in het geheel niet voor rekening komen van de jce-deelnemer. A fortiori is de jce-deelnemer evenmin aansprakelijk voor enig delictsgevolg daarvan: '(...) the [jce-deelnemer] is not liable if the principal does an act which is fundamentally different from that foreseen by the [jce-deelnemer]'.³³³ Deze oplossingsrichting verschilt van de benadering van soortgelijke gevallen in de Duitse rechtspraak. Met behulp van de figuur 'Plus-Minus Exzess' is het mogelijk de Mittäter in een dergelijke casuspositie aansprakelijk te houden voor het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel, op basis van de juridische fictie dat de met het mes toegebrachte verwondingen (de 'Plus', dat wil zeggen: ernstiger letsel), het letsel omvat dat met de voorgestelde stokslagen zou zijn toegebracht (de 'Minus': minder ernstig letsel).³³⁴

4.3.5.5 De fundamentally different act-rule: afronding

Het derde aansprakelijkheidslimiterende principe, de fda-rule, beperkt de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer in de context van de door het gevolg gekwalificeerde delicten murder en manslaughter. Deze limitering houdt in dat de jce-deelnemer niet verantwoordelijk is voor het door hem (als kwade kans) voorziene levensdelict, als de vervullingswijze van de mededader wezenlijk afwijkt van de door de jce-deelnemer voorziene.³³⁵ Het ijkpunt voor deze correspondentiemaatstaf is het *levensgevaar* dat kleeft aan de verrichte onderscheidenlijk voorziene feitelijke delictshandeling. De fda-rule bewerkstelligt daarmee een nivelleringseffect: de vereiste mate van correspondentie maakt dat de jce-deelnemer en principal zich welbewust hebben blootgesteld aan een *gelijkwaardig* risico op de dood van het slachtoffer.

Dat het 'levensgevaar' centraal staat bij murder en manslaughter is begrijpelijk, omdat de aansprakelijkheid voor de 'dood' van het slachtoffer in het geding is. Moeilijker te vatten is dat het aanmerkelijk levensgevaarlijker karakter van de feitelijke delictshandeling, deze in de heersende opvatting maakt tot een *aliud*; een handeling waarvoor de jce-deelnemer 'in het geheel' niet verantwoordelijk is. Uit de literatuur en rechtspraak blijkt niet waarom een aanmerkelijk levensgevaarlijker handeling de jce-deelnemer ook ontheft van de aansprakelijkheid voor niet-levensdelicten die liggen besloten in de door de

333 Herring 2012, p. 875. Zo ook Ormerod 2011, p. 225: 'If [jce-deelnemer] did not foresee that [mededader] might kill [slachtoffer] with intent to kill or do gbh, can [jce-deelnemer] be liable for *actual bodily harm* that he did foresee that [mededader] might actually commit? If [mededaders] conduct was not of a kind that [jce-deelnemer] foresaw, [jce-deelnemer] is entitled to an *acquittal* [cursivering, AP]'. Wellicht anders Clarkson 1998, p. 558, nt. 10.

334 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 5.8.1.

335 Het is dus in wezen een beperking van de aansprakelijkheid voor voorziene *risico's*. In paragraaf 4.3.5.4 bleek immers dat de fda-rule buiten beeld blijft als de jce-deelnemer zelf de dood van het slachtoffer *beoogt*.

mededader gepleegde levensberoving.

Voor een volledig beeld moet deze verregaande consequentie van de *fdarule* in het licht worden geplaatst van de ruime strafbaarstelling (met hoge strafbedreiging) van de *poging tot deelneming*, een aspect dat hiervoor niet aan de orde is geweest. Wat betreft de poging tot deelneming vertoonde de common law lange tijd een lacune, omdat de zonder gevolg gebleven ‘assistance’ – de principal komt niet tot een (poging tot een) delict – over het algemeen *niet* strafbaar was.³³⁶ De Law Commission adviseerde de poging tot deelneming als een vorm van ‘inchoate liability’ strafbaar te stellen.³³⁷ Deze door de Law Commission geïnitieerde ontwikkeling heeft gestalte gekregen in de Serious Crime Act 2007, die sinds oktober 2008 van kracht is.³³⁸

De Serious Crime Act 2007 schept in de vorm van ingewikkelde bepalingen aansprakelijkheid voor ‘acts capable of *encouraging or assisting* the commission of an offence [cursivering, AP]’, begaan met een bepaalde mens *rea*.³³⁹ Een veroordeling voor een van deze vormen van inchoate liability stelt de veroordeelde bloot aan hetzelfde straftoemetskader als principal en secondary party.³⁴⁰ De finessen van de regeling en haar verhouding tot secondary participation laat ik in het midden.³⁴¹ Waar het mij om gaat is dat deze vormen van poging tot deelneming óók van toepassing zijn als de principal het grondfeit wél verwezenlijkt. De aansprakelijkheid van de secondary party voor de realisering van het grondfeit en de inchoate liability voor poging tot deelneming, *overlappen* elkaar.³⁴² Wanneer de principal dus een ‘fundamentally different act’ verricht, biedt de inchoate liability-variant vaak een alternatieve aansprakelijkheidsgrond. De inchoate liability is immers gebaseerd op het feit dat de secondary participator voor ogen heeft gehad (‘anticipated offence’), niet op het door de principal gerealiseerde feit. Een soortgelijke overlap bestaat al langer

336 Hoewel deze poging tot deelneming in enkele bijzondere gevallen strafbaar was gesteld, bestond er geen *algemene* strafbaarstelling. Daardoor was niet strafbaar bijvoorbeeld de met het oog op murder, robbery of burglary gegeven assistance, die zonder gevolg bleef. Daarover Law Commission 2007, 1.41.

337 Law Commission 2006. Zie daarover kort Law Commission 2007, 1.34 jo. 1.36. Daarover ook Ormerod 2011, p. 461-462.

338 Zie Ormerod 2011, p. 460-479; Ashworth 2009, p. 458-470. De Serious Crime Act 2007 maakt deel uit van een pakket aan statutory law dat is gericht op de bestrijding van ‘serious and organized crimes’. In de wettekst zelf duidt echter niets op een *beperking* van het toepassingsbereik tot ‘ernstige’ delicten. Ashworth houdt het er voor dat de bepalingen dan ook een algemeen toepassingsbereik hebben. Zo Ashworth 2009, p. 458.

339 Vgl. Serious Crime Act 2007, section 44-46. De minimumeis is iets hoger dan in geval van de secondary party: vereist is dat het rechtssubject de actor voorziet dat het delict *zal* worden gepleegd (‘will be committed’), het voorzien van de *kwade kans* daarop is onvoldoende. Zie section 45.

340 Serious Crime Act 2007, section 58 onder 1 en 2. Zo ook Ormerod 2011, p. 465; Ashworth 2009, p. 459.

341 Zie daarvoor bijvoorbeeld Ormerod 2011, p. 460-479 of Ashworth 2009, p. 458-470 .

342 Zo Ormerod 2011, p. 463 jo. 471-472.

tussen *conspiracy*³⁴³ (inchoate liability) en jce-aansprakelijkheid.³⁴⁴

4.4 Besluit

Feitelijke afwijkingen – de vervullingswijze van het delict verschilt van de voorstelling die de jce-deelnemer zich daarvan heeft gemaakt – staan niet snel in de weg aan de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer.

Bij *onvrijwillige* afwijkingen van de mededader is de heersende opvatting het meest rigide: de jce-deelnemer wordt verantwoordelijk gehouden voor alle afwijkende vervullingswijzen van de delictsbestanddelen. Die stand van zaken is verklaarbaar: in dat geval is enerzijds het verband tussen de deelnemingsgedraging en het gepleegde delict aanwezig, terwijl anderzijds de mens rea van de jce-deelnemer in aansluiting op de principal enkel is betrokken op de bestanddelen van het delict. De aansprakelijkheid voor deze feitelijke afwijkingen vloeit dus voort uit deze geldende uitgangspunten. De enige situatie waarover geen duidelijkheid lijkt te bestaan, is het geval dat de mededader onvrijwillig afwijkt van een uitvoeringsaspect dat is gelegen *buiten* de vervullingswijze van de delictsbestanddelen. Te denken valt aan situaties waarin de mededader dwaalt ten aanzien van een ‘kenbare inperking’ van zijn handelingsvrijheid door de jce-deelnemer; de laatste geeft bijvoorbeeld expliciet aan enkel zijn vrouw om het leven te willen brengen in geval van overspel, de mededader veronderstelt ten onrechte dat de jce-deelnemer het slachtoffer zonder meer van het leven wil beroven. Als de mededader het slachtoffer vervolgens doodt, dan is maar de vraag of het onvrijwillige karakter van de afwijking – de mededader veronderstelt dan immers dat de jce-deelnemer zijn handelen goedkeurt – maakt dat de jce-deelnemer ook voor dergelijke afwijkingen aansprakelijk is. Als deze casuspositie wordt geduid als een ‘common *conditional* purpose’, dan is de afwijking gelegen in de te vervullen ‘voorwaarde’: de jce-deelnemer bleek in dat geval in de ogen van sommige schrijvers in beginsel niet aansprakelijk te zijn voor een ‘vrijwillige’ veronachtzaming van de voorwaarde door de mededader.

In geval van *vrijwillige* afwijkingen van de mededader staat louter een ‘wezenlijk verschil’ in de weg aan de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer. Dat verschil kan zijn gelegen in de vervullingswijze van het delict, maar het kan ook een uitvoeringsaspect betreffen dat daarbuiten valt. In dat verband wordt de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer begrensd door het verband dat is vereist tussen zijn deelnemingsgedraging en de uitvoering van het delict (limiterend principe I) en zijn voor de mededader kenbare inperking van de uitvoeringswijze van het gezamenlijk doel (limiterend principe II). In werkelijkheid hebben

343 Zie Criminal Law Act 1977, section 1. Dit betreft de zogenaamde ‘statutory conspiracy’. Kortweg draait het om ‘an agreement between two or more persons to commit a crime (Ormerod 2011, p. 423)’. Daarnaast bestaat, met een zeer beperkt toepassingsbereik, de ‘common law conspiracy’. Zie Ormerod 2011, p. 424–425.

344 Beide aansprakelijkheidsfiguren hebben dezelfde essentie: de agreement/common purpose. Ingeval het door de principal gerealiseerde grondfeit bijvoorbeeld wezenlijk afwijkt van de agreed offence, kan worden teruggevallen op de aansprakelijkheidsgrond conspiracy. Vgl. Law Commission 2009, 1.58.

deze principes maar een minimale aansprakelijkheidsbeperkende werking, zo is gebleken. Het aansprakelijkheidsbereik van de jce-deelnemer wordt in hoge mate bepaald door de kwade kansen die hij heeft *voorzien*. Zijn aansprakelijkheid eindigt daar waar de feitelijke delictshandelingen van de mededader wezenlijk afwijken van die voorziene risico's (limiterend principe III).

Het *totaalbeeld* van het Engelse recht is dat de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer zich uitstrekt tot alle door hem voorziene risico's die kleven aan de uitvoering van het gezamenlijke criminele doel. Als een dergelijk risico niet of op wezenlijk andere wijze wordt verwezenlijkt, dan biedt het ruime bereik van inchoate liability in veel gevallen een vangnet om de jce-deelnemer onder vigeur van hetzelfde straftoemetskader aansprakelijk te stellen op basis van de zonder gevolg gebleven deelnemingsgedraging.

Hoofdstuk 4

Slotbeschouwing

1 Inleiding

In dit slothoofdstuk probeer ik, mede op basis van de rechtsvergelijking met het Mittäterschaft en de jce-aansprakelijkheid, een aansprakelijkheidsmodel voor medeplegen te ontwikkelen dat enigszins afwijkt van de heersende benadering. Die insteek maakt dat geen vergelijkend overzicht wordt nagestreefd, waarin alle aspecten die in de afzonderlijke hoofdstukken naar voren zijn gekomen in perspectief worden geplaatst. De rechtsvergelijking wordt vooral gebruikt als inspiratiebron: de vergaarde kennis en inzichten worden aangewend voor een herbezinning op de heersende benadering van medeplegen. Paragraaf 2 fungeert als opmaat. In die paragraaf sta ik kort stil bij de plaats van medeplegen in het Nederlandse aansprakelijkheidsstelsel. Aan de hand daarvan wordt beschreven welke eisen (moeten) worden gesteld aan de samenwerking, in het bijzonder aan de eigen deelnemingsgedraging van de medepleger. Deze aspecten zijn in het voorgaande slechts zijdelings aan de orde gekomen. Centraal staat immers het bereik van de aansprakelijkheid van de medepleger voor het door zijn *mededader* vervulde deel van het opzetdelict. Verreweg de meeste aandacht gaat uit naar dat thema (paragraaf 3). Met betrekking tot dat onderwerp beproef ik de aansprakelijkheid van de medepleger enigszins anders te benaderen dan gebruikelijk is. Dit hoofdstuk, en daarmee het proefschrift, wordt in paragraaf 4 besloten met een afrondende beschouwing.

Voor een goed begrip volgt een aantal terminologische opmerkingen. De term ‘samenwerkende actor’ gebruik ik als verzamelnaam voor de medepleger, Mittäter en jce-deelnemer. Uit de context zal blijken op welke van deze deelnemers wordt gedoeld. De terminologie is voor het overige dezelfde als hiervoor. Zo worden de aanduidingen ‘medepleger’ en ‘mededader’ onderscheiden. De aansprakelijkheid van de medepleger is telkens onderwerp van onderzoek. In verband daarmee is relevant of het door zijn mededader vervulde deel van het opzetdelict voor rekening kan worden gebracht van de medepleger. De begrippen ‘delictshandeling’, ‘delictsgevolg’ en ‘delictsofzet’ duiden op de eisen die uit hoofde van de betreffende delictsommschrijving worden gesteld aan respectievelijk de ‘handeling’, het ‘gevolg’ en het ‘opzet’. De concrete vervullingswijze van die delictshandeling onderscheidenlijk dat gevolg verwoord ik met de termen ‘feitelijke delictshandeling’ en ‘feitelijk delictsgevolg’. Bijvoorbeeld: de mededader begaat een zware mishandeling (art. 302 lid 1 Sr) door opzettelijk (delictsofzet) slagen met een knuppel toe te brengen (feitelijke delictshandeling) waardoor slachtoffer X zwaar lichamelijk letsel oploopt, bestaande in twee verbrijzelde bovenbenen (feitelijk delictsgevolg). De benaming ‘uitvoeringshandeling’ ten slotte, duidt aan dat de ‘feitelijke delictshandeling’ is verricht binnen het kader van de samenwerking; de medeplegers zijn om die

reden wederzijds verantwoordelijk voor die handeling.

2 Medeplegen als verschijningsvorm van plegen

2.1 Inleiding

Medeplegen wordt beschouwd als een bijzondere verschijningsvorm van plegen. Daarmee wordt de medepleger – net als de fysieke en functionele pleger – gerekend tot de categorie hoofdverantwoordelijken voor het plaatsvinden van het betreffende delict.¹ In deze paragraaf staat centraal de vraag waarop die hoofdverantwoordelijkheid is gestoeld. Daartoe wordt in paragraaf 2.2 eerst beschreven in welke mate de fysieke, functionele en medepleger het plaatshebben van de feitelijke delictshandeling van een delict beheersen. In de daaropvolgende subparagraaf breng ik in kaart welke eisen (moeten) worden gesteld aan de deelnemingsgedraging die de medepleger bewust heeft verricht: de ‘bewuste en nauwe samenwerking’.² Daarbij vooronderstel ik dat een coherente aansprakelijkheidsregeling vereist dat de eisen die worden gesteld aan die deelnemingsgedraging recht doen aan de status van de medepleger als hoofdverantwoordelijke.

2.2 De machtsrelatie tot de feitelijke delictshandeling

De *fysieke pleger* heeft *fysieke macht* over het verrichten van de feitelijke delictshandeling. Hij voert die handeling immers eigenhandig uit (‘gewilde spierbeweging’). De machtsrelatie tot die handeling maakt dat de pleger geldt als veroorzaker van, als hoofdverantwoordelijke voor het begane delict.

Ook de *functionele pleger* wordt geacht in een machtsrelatie te staan tot de feitelijke delictshandeling.³ De functionele pleger verricht de feitelijke delictshandeling niet eigenhandig. Die handeling wordt in fysieke zin verricht door een ondergeschikte. De rechtvaardiging die in de literatuur wordt gegeven voor het feit dat hij tóch als pleger kan worden aangemerkt, is dat de functionele pleger op grond van zijn machtspositie het plaatsvinden van het delict beheerst: hij vervult ‘een zodanige rol in het maatschappelijk verkeer (...) dat hij degene is die bepaalt of de delictsomschrijving wordt vervuld.’⁴ Waar de macht over de delictsuitvoering zich bij de fysieke pleger toont in de ‘gewilde spierbeweging’, daar is deze bij de functionele pleger gebaseerd op *functionele macht* over de ondergeschikte, door middel van wie hij de feitelijke delictshandeling verricht. Nader beschouwd staat de functionele pleger in een *directe* machtsrelatie tot de ondergeschikte, en beheerst hij slechts *indirect* – door middel van de ondergeschikte – het plaatsvinden van de feitelijke delictshandeling. De ondergeschikte vormt immers een schakel tussen het eigen doen (instructies) of nalaten (onvoldoende voorzorgsmaatregelen) van de functionele pleger en de feitelijke delictshandeling.

1 De doen pleger behoort ook tot die categorie. Deze figuur laat ik buiten beschouwing.

2 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.1 jo. 3.2.

3 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.1.3.

4 Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005, p. 529. Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.1.3.

In tegenstelling tot de fysieke pleger heeft de functionele pleger hierdoor niet volledig in de hand óf en op welke wijze de delictshandeling wordt vervuld: hij is daarvoor afhankelijk van zijn ondergeschikte. Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Het voorbeeld is toegesneden op het functioneel plegen van een gedragsdelict: het ‘verkoppen’ van cocaïne (art. 2 onder B Opw).⁵

Stel dat een coffeeshophouder een ondergeschikte medewerker instrueert (doen) om cocaïne te verkopen of dat die coffeeshophouder onvoldoende voorzorgsmaatregelen neemt om te voorkomen dat die ondergeschikte cocaïne verkoopt (nalaten). De coffeeshophouder kan functioneel pleger zijn van het ‘(opzettelijk) verkopen van cocaïne’, wanneer de ondergeschikte een dergelijke verkoophandeling verricht. De coffeeshophouder heeft slechts indirecte macht over *of* en *hoe* die verkoophandeling plaatsvindt. Daarvoor is de coffeeshophouder afhankelijk van een ondergeschikte die bereidwillig is om die verkoophandeling te verrichten. Besluit de ondergeschikte echter buiten de werksfeer om cocaïne te verkopen of zich simpelweg te houden aan de Opiumwet, dan wordt geen verboden verkoophandeling verricht die voor rekening kan worden gebracht van de coffeeshophouder. In het eerste geval omdat die verkoophandeling onvoldoende verband houdt met de eigen gedraging van de coffeeshophouder, in het tweede geval omdat in het geheel geen strafbare verkoophandeling is verricht.

Het voorbeeld laat zien dat de functionele pleger geen macht heeft over de keuze die de ondergeschikte maakt. Functioneel plegen vooronderstelt dat de ondergeschikte heeft gekozen voor het verrichten van een feitelijke delictshandeling, waarbij die handeling in zodanig verband staat tot het doen of nalaten van de bovengeschikte, dat de bovengeschikte voor die handeling verantwoordelijkheid draagt.⁶

Medeplegen wordt wel beschouwd als een verschijningsvorm van plegen. In de casusposities die in dit onderzoek naar voren zijn gekomen, verrichtte de *medepleger* niet eigenhandig de feitelijke delictshandeling. Het was telkens de vraag of hij verantwoordelijk was voor die door zijn mededader verrichte handeling. In een dergelijk geval staat de medepleger, net als de functionele pleger, in een indirect verband tot die handeling. In geval van medeplegen vormt de mededader de schakel tussen de bewuste en nauwe samenwerking en de feitelijke delictshandeling. Ook de medepleger is voor de uitvoering van de feitelijke delictshandeling afhankelijk van een ander, in zijn geval de mededader. De machtsrelatie tot de feitelijke delictshandeling is voor de medepleger dus ook indirect van aard: de medeplegers hebben *gezamenlijke macht* over de wijze waarop zij invulling geven aan de samenwerking – bijvoorbeeld aangaande het doel van de samenwerking en de uitvoeringsaspecten daarvan – in het kader waarvan de feitelijke delictshandeling wordt verricht. Die handeling moet voldoende verband houden met de samenwerking om medeplegers daarvoor

5 Het begaan van dit delict levert een overtreding op (art. 10 lid 1 jo. 13 lid 1 Opw). Het *opzettelijk* verkopen van cocaïne is een misdrijf (art. 10 lid 4 jo. 13 lid 2 Opw).

6 In paragraaf 3.3.3.2 zal ik toelichten dat dit verband een causaliteitsverband betreft.

over en weer verantwoordelijk te kunnen houden.⁷

Het voorgaande laat zien dat de verschijningsvormen van plegen met elkaar gemeen hebben dat de (mede)pleger telkens in een zekere machtsrelatie staat tot de feitelijke delictshandeling. De fysieke pleger staat in een onmiddellijke machtsrelatie tot die handeling, de functionele pleger en medepleger oefenen middellijk macht uit over de feitelijke delictshandeling. Alleen de fysieke pleger heeft immers volledig controle over ‘of’ en ‘hoe’ die handeling wordt verricht. Bij functioneel plegen en medeplegen is die machtsrelatie indirect van aard: zij heeft betrekking op de functionele verhouding tot de ondergeschikte respectievelijk de wijze waarop de medeplegers zich tot elkaar verhouden op basis van de aan de samenwerking gegeven invulling. ‘Of’ en ‘hoe’ een delictshandeling wordt verwezenlijkt, is aan de ondergeschikte onderscheidenlijk mededader. Zo bekeken kent zowel functioneel plegen als medeplegen een accessoir aspect.

2.3 Medeplegen als gelijkwaardige samenwerking

Een coherente aansprakelijkheidsregeling vooronderstelt dat voor verschillende verschijningsvormen van plegen, gelijkwaardige aansprakelijkheidscriteria gelden. Daarvan uitgaande moeten de criteria voor het medeplegen van een strafbaar feit in de pas lopen met die voor het fysiek of functioneel plegen daarvan. Het schuldverwijt dat wordt gemaakt aan de medepleger moet immers gelijkwaardig zijn aan het verwijt dat de fysieke of functionele pleger treft.

Bezien vanuit dat vertrekpunt zou de strafbaarheid van medeplegen naar mijn oordeel moeten berusten op de aanwezigheid van een gelijkwaardige samenwerking. ‘Bewust en nauw samenwerken’ is dan: het *gelijkwaardig samenwerken* door bewust een wezenlijk aandeel te leveren aan die samenwerking. In de heersende opvattingen in de Nederlandse en Duitse *literatuur* lijken medeplegen en Mittäterschaft op deze wijze te worden getypeerd.⁸ De zienswijze is ook in lijn met de systematiek die de *wetgever* in 1886 heeft aangebracht in de deelnemingsregeling.⁹ Van alle deelnemingsvormen staat het medeplegerscollectief daarin het dichtst bij de pleger: dat collectief is de geestelijke en materiële oorzaak van het delict. In het verlengde daarvan staat ook de afzonderlijke medepleger dichter bij de pleger dan de indirecte deelnemer: de medepleger neemt ‘regstreeks deel’ aan de delictsuitvoering, de uitlokker en medeplachtige niet. De eis dat medeplegers een gelijkwaardige rol hebben in de samenwerking die is betrokken op het begaan van een delict, sluit nauw aan bij de eis dat medeplegers ‘regstreeks deelnemen’ aan die delictsuitvoering, zoals de wetgever dat in 1886 verwoordde. Een verschil met de opvatting van de wetgever is dat de medepleger tegenwoordig zijn aandeel mag leveren in de voorfase van het delict. Een ander verschilpunt is dat in het geldende

7 Net als bij functioneel plegen betreft het een causaliteitsverband. Daarover meer in paragraaf 3.3.2 en verder.

8 Zie voor medeplegen hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.1.2. Nader over het wezenlijk aandeel bij Mittäterschaft hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.

9 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 2.3.3 jo. 2.4.1.

recht niet is vereist dat de medepleger een eigen aandeel levert aan élk delict waarvoor hij aansprakelijk wordt gehouden: kan de actor op basis van zijn rol in de *samenwerking als geheel* als ‘medepleger’ worden aangemerkt, dan is bewust en nauw samengewerkt ten aanzien van de samenstellende delen daarvan.¹⁰ In beide gevallen – de mogelijkheid om het aandeel te leveren in de voorfase en het ijkpunt van de samenwerking als geheel – is dat een goed uitgangspunt.

In de *rechtspraak* lijkt de gelijkwaardigheid van de samenwerking enigszins op de achtergrond te zijn geraakt. Dat komt in de eerste plaats doordat de kwaliteit van het eigen aandeel – waaruit de gelijkwaardigheid van de samenwerking min of meer volgt – in de rechtspraak van zowel de Hoge Raad als het BGH een belangrijke, maar niet doorslaggevende factor is bij de vaststelling van medeplegen onderscheidenlijk Mittäterschaft.¹¹ Zo hoeft in beide stelsels het leveren van een *ondersteunende bijdrage* aan de samenwerking als geheel, niet in de weg te staan aan het zijn van medepleger of Mittäter. Dat is vaste rechtspraak van het BGH.¹² Dat een wezenlijk aandeel niet is vereist, volgt impliciet uit de Nederlandse jurisprudentie. Zo kan sprake zijn van het medeplegen van moord als de verdachte zich ‘niet heeft gedistantieerd’ van de gedragingen van haar mededaders op het moment dat zij op de hoogte raakte van het voorgenomen dodingsplan, dat zij is ‘meegereden in de auto waarin het slachtoffer werd meegevoerd’ naar de woning waar de moord werd voltrokken en dat zij de ‘sleutel’ van die woning bezat.¹³ De overheersende rol van de mededaders bij die moord – zij waren initiatiefnemers en ten minste een van hen verrichtte de moordhandeling – duidt op een ongelijkwaardige samenwerking, die echter op zichzelf dus niet in de weg staat aan medeplegen. De gelijkwaardigheid van de samenwerking staat wat betreft Mittäterschaft niet alleen onder druk doordat het aandeel slechts ondersteunend van aard mag zijn. Het *persoonlijk belang* dat de actor heeft bij de uitvoering van het delict – de Eigeninteresse – speelt in de rechtspraak van het BGH ook een rol bij de vaststelling van Mittäterschaft.¹⁴ De aanwezigheid van Eigeninteresse zegt op zichzelf echter niets over de gelijkwaardigheid van de samenwerking: iemand kan een groot belang hebben bij het volvoeren van het delict, zonder daarin een wezenlijk aandeel te hebben. Het eigen belang dat de actor heeft bij de uitvoering van het delict speelt vermoedelijk ook een rol in de Nederlandse jurisprudentie over medeplegen, mogelijk louter in bewijsrechte-

10 Hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.1.2.

11 Zoals blijkt uit hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.1.2 en hoofdstuk 2, paragraaf 2.3 jo. 3.3.3.

12 Zo bijvoorbeeld BGH 31 oktober 2001, *NSiZ-RR* 2002, 74: ‘Die Annahme von Mittäterschaft erfordert nicht zwingend auch eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter reicht ein auf der Grundlage gemeinsamen Willens die Tatbestandsverwirklichung *fördernder Beitrag* aus, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann [cursivering, AP].’ Zie voor deze beslissing al hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.

13 HR 14 oktober 2003, *LJN AJ1457*, *NJ* 2005, 183, m. nt. Knigge. Het arrest is besproken in hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.1.2.

14 In de normative Kombinationstheorie van het BGH is die Eigeninteresse een van de aanknopingspunten voor de vaststelling van Mittäterschaft. Zie daarover hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.

lijke zin.¹⁵ Zolang die rol beperkt blijft tot de bewijsvoering is dat niet bezwaarlijk. In zaken waarin onzekerheid bestaat over de precieze rolverdeling tussen de samenwerkende actoren kan de mate van persoonlijk belang, die bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in de verdeling van de buit, een aanwijzing opleveren over de aard van de samenwerking; een evenredige verdeling van de buit kan indiceren dat de samenwerking gelijkwaardig is geweest. Materieelrechtelijk zou geen betekenis moeten toekomen aan het eigen belang dat de actor heeft bij de delictsuitvoering. Niet alleen omdat die factor op zichzelf niet van invloed is op de gelijkwaardigheid van de samenwerking, maar ook omdat dit element niet past bij de overige verschijningsvormen van plegen; het persoonlijk belang is materieelrechtelijk irrelevant voor de vaststelling van fysiek of functioneel plegen.¹⁶ Datzelfde geldt of zou moeten gelden voor medeplegen.

3 Aansprakelijkheid voor het door de mededader vervulde deel van het delict: een wisselwerking tussen samenwerking, causaliteit en schuldverband

3.1 Inleiding

De vorige paragraaf handelde over de eisen die in mijn ogen zouden moeten worden gesteld aan de betrokkenheid van de medepleger: het op de voet van gelijkwaardigheid samenwerken met een mededader, door bewust een wezenlijk aandeel te leveren aan die samenwerking. In deze paragraaf wordt de aandacht gericht op het hoofdonderwerp van dit proefschrift: de aansprakelijkheid van de medepleger voor het door de mededader vervulde deel van het opzetdelict.

Die aansprakelijkheid krijgt in elk van de onderzochte stelsels vorm tegen de achtergrond van het onuitgesproken oordeel dat samenwerkende actoren aansprakelijk zijn voor het geheel; het rechtsgevoel dicteert dat de samenwerkende actor al snel aansprakelijk wordt gehouden voor het delictsgevolg dat zijn mededader realiseert. Die notie wordt belicht in paragraaf 3.2. De daaropvolgende paragrafen moeten in het licht daarvan worden gezien. In paragraaf 3.3 besteed ik aan de hand van de resultaten van de rechtsvergelijking aandacht aan de structuur van de aansprakelijkheid van de samenwerkende actor – de medepleger, Mittäter of jce-deelnemer – voor het door de mededader vervulde deel van het opzetdelict. Ik zal verdedigen dat die structuur soortgelijk is aan die van het *plegen* van een gevolgsdelict (paragraaf 3.3). Uit de rechtsvergelijking leid ik twee aansprakelijkheidsmodellen af, die kunnen worden begrepen als nadere invulling van die aansprakelijkheidsstructuur (paragraaf 3.4 – 3.5). Op basis daarvan verdedig ik in paragraaf 3.6 een enigszins aangepast aansprakelijkheidsmodel voor medeplegen. Met dat model wordt geprobeerd een dogmatische inbedding

15 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.1.2.

16 Dat is een wezenlijk verschil met de Duitse rechtspraak. Van oudsher hebben subjectieve factoren zoals het persoonlijke belang bij het voltooiën van het delict (Eigeninteresse) in die rechtspraak een plaats bij de vaststelling van Täterschaft, mittelbare Täterschaft en Mittäterschaft. Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.

te geven aan toerekeningsaspecten die een rol spelen bij medeplegen. Het model dat ik voorsta, pas ik toe op diverse casus die in dit onderzoek de revue zijn gepasseerd. Dit hoofdstuk wordt in paragraaf 4 afgesloten met een afrondende beschouwing.

3.2 De notie ‘aansprakelijkheid voor het geheel’

In de eerste drie hoofdstukken heb ik onder meer in kaart proberen te brengen welke reikwijdte de verschillende aansprakelijkheidsgronden hebben in het geldende recht. In deze subparagraaf wordt aandacht besteed aan een aspect daarvan. Het beeld dat rijst uit de rechtsvergelijking is dat het in elk van de drie bestudeerde rechtssystemen al snel redelijk lijkt te worden gevonden om de samenwerkende actor aansprakelijk te houden voor het feitelijk delictsgevolg dat de mededader, vaak opzettelijk, realiseert – al dan niet via de band van een door het gevolg gekwalificeerd delict – ook als het gezamenlijk plan bestond uit het verwezenlijken van een lichter (gewelds)delict. Het onuitgesproken oordeel lijkt te zijn dat alle samenwerkende actoren *aansprakelijk zijn voor het geheel*, dat wil zeggen: het *feitelijk delictsgevolg* dat is verwerkelijkt door de mededader. In de casus die de revue zijn gepasseerd, bestond het door de mededader veroorzaakte gevolg vaak uit de dood van het slachtoffer. Ook de samenwerkende actor werd doorgaans aansprakelijk gehouden voor dat gevolg. De wijze waarop de aansprakelijkheid voor het geheel juridisch tot uitdrukking wordt gebracht in de rechtspraak – kortweg: voor welk delict is de samenwerkende actor aansprakelijk? – verschilt per rechtstelsel.

In Duitsland bleek ten aanzien van het precieze schuldverwijt met betrekking tot dat dodelijk gevolg te worden *gedifferentieerd* tussen de Mittäter en zijn mededader. In de Duitse jurisprudentie komen veel gevallen voor waarin de mededader die de dodingshandeling verrichte, als Täter aansprakelijk wordt gehouden voor Totschlag of Mord. Daarentegen bleek niet snel te worden aangenomen dat het opzet (Vorsatz) van de *Mittäter* zich ook uitstreckte tot het dodelijk gevolg. Deze Mittäter werd in de meeste gevallen verantwoordelijk gehouden voor een *door het gevolg gekwalificeerd delict* (erfolgsqualifizierte Delikte): dat verwijt behelst het ‘opzettelijk’ begaan van het grondfeit, en het bestaan van ‘culpa’ ten aanzien van het kwalificerend gevolg (bijvoorbeeld Körperverletzung of Raub mit Todesfolge).¹⁷ Het Mittäterschap is in dat geval enkel betrokken op het deel waarop de Mittäter gezamenlijk opzet hebben (grondfeit). De relatief hoge eisen die worden – of werden¹⁸ – gesteld aan dodingsopzet (Hemmschwellentheorie) maken dat de vraag naar het aansprakelijkheidsbereik van de Mittäter zich doorgaans voordoet in de context van een door het gevolg gekwalificeerd delict.

In geval van de *jce-aansprakelijkheid* bleek de aansprakelijkheid voor de dood van slachtoffers in de rechtspraak vaak in de sleutel te worden gezet van het delict murder. Dit delict kent twee varianten: levensberoving met ‘intent

17 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2.

18 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 4.2.2.

to kill' onderscheidenlijk 'gbh-intent'.¹⁹ In de tweede variant is het dodelijk gevolg dus al voor de principal geobjectiveerd. De jce-deelnemer moet de kwade kans voorzien (*foresight*) dat de principal een murder begaat, in een van beide varianten. De omstandigheid dat principal en jce-deelnemer vaak strafbaar zijn voor hetzelfde delict, vloeit voort uit het ruime bereik van murder. Die aansprakelijkheid kan situaties omvatten waarin principal en jce-deelnemer een *soortgelijk* schuldverwijt treft – bijvoorbeeld: principal en jce-deelnemer handelden allebei met 'intent to kill' – maar deze kan ook gevallen betreffen waarin het schuldverwijt meer *uiteenloopt* – de principal handelde met 'intent to kill', de jce-deelnemer had 'foresight' ten aanzien van de mogelijkheid dat de principal het slachtoffer met die intent grievous bodily harm zou toebrengen.

Uit de Nederlandse jurisprudentie rijst het beeld dat aan medeplegers vaak een gelijk schuldverwijt wordt gemaakt: aansprakelijkheid voor het geheel betekent vooral aansprakelijkheid voor *hetzelfde delict*. In dat verband wordt soms de aansprakelijkheid van de medepleger naar boven bijgesteld: in dat geval wordt de medepleger verweten dodingsopzet te hebben gehad; de medepleger en zijn mededader zijn beiden medeplegers van doodslag of moord.²⁰ In andere gevallen wordt dat dodingsopzet geacht niet aanwezig te zijn bij de medepleger, en wordt deze voor de dood van het slachtoffer aansprakelijk gesteld bij wege van een door het gevolg gekwalificeerd delict (bijvoorbeeld diefstal met geweld met dodelijk gevolg). In die gevallen wordt het verwijt dat wordt gemaakt aan de mededader – die op basis van zijn dodingsopzet ook pleger is van gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr) – naar beneden bijgesteld, zodat aan zowel de medepleger als zijn mededader wordt verweten het in vereniging begaan van diefstal met geweld, de dood ten gevolge hebbende.²¹

De notie 'aansprakelijkheid voor het geheel' lijkt bij elke aansprakelijkheidsgrond een rol te spelen: blijkens jurisprudentie wordt het al snel redelijk gevonden de samenwerkende actor op enige wijze aansprakelijk te houden voor het buiten het gezamenlijk plan vallende delictsgevolg dat de mededader al dan niet opzettelijk verwezenlijkt. In het navolgende knoop ik aan bij die notie. Tegen de achtergrond daarvan zal ik vanaf paragraaf 3.3 proberen aan te tonen dat het bereik van de aansprakelijkheid van de samenwerkende actoren dogmatisch kan worden verklaard aan de hand van de aansprakelijkheidsstructuur, die soortgelijk is aan het plegen van een gevolgsdelict.

Het bovenstaande laat verder zien dat de vraag naar de aansprakelijkheid voor de dood van het slachtoffer zich in geval van *Mittäterschaft* en de jce-aansprakelijkheid vrijwel altijd voordoet in de context van een door het gevolg

19 Hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.2.2 jo. 2.2.3.

20 Zie bijvoorbeeld de zaak 'Veghel', beschreven in hoofdstuk 1, paragraaf 5.3.2.

21 Een voorbeeld daarvan is de roofoverval (HR 16 december 2008, LJN BG2140) die is beschreven in hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.2.3. De schutter is zonder meer pleger van gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr), maar hij wordt 'slechts' aansprakelijk gehouden voor het in vereniging begaan van diefstal met geweld de dood ten gevolge hebbende.

gekwalficeerd delict. De rechtspraak in Nederland toont een ander beeld: niet alleen een door het gevolg gekwalficeerd delict, maar ook een opzettelijk levensdelict wordt in geval van medeplegen regelmatig tenlastegelegd en bewezenverklaard. In vergelijking met de Duitse rechtspraak over het Vorsatz van de Mittäter, heeft het dodingsopzet van de medepleger in de Nederlandse rechtspraak een aanmerkelijk ruimer bereik. Wellicht houdt dit mede verband met het volgende: anders dan in het Duitse en Engelse stelsel, wordt in de Nederlandse rechtspraak dikwijls een gelijk schuldverwijt gemaakt aan de samenwerkende actoren. Wellicht ligt daaraan de veronderstelling ten grondslag dat medeplegers noodzakelijkerwijs een gelijk schuldverwijt moet treffen²²: als de mededader wél dodingsopzet heeft, dan kan het vanuit de veronderstelde noodzaak tot eenheid in schuldverband verleidelijk zijn om wat betreft de medepleger lage eisen te stellen aan het bewijs van diens dodingsopzet.

3.3 Medeplegen als het plegen van een gevolgsdelict

3.3.1 Plegen: delictshandeling, causaliteit en schuldverband

Voor het *plegen* van een culpoos of doleus gevolgsdelict moet zijn voldaan aan drie voorwaarden: de actor verricht een delictshandeling – het plegen door (on) eigenlijke omissie laat ik buiten beschouwing – die handeling staat in causaal verband tot een delictsgevolg (bijvoorbeeld: de dood van een ander) en de actor staat in het door de delictsomschrijving vereiste schuldverband tot het intreden van datzelfde gevolg (bijvoorbeeld: de actor heeft culpa ten aanzien van of opzet op de dood van een ander).

De pleger staat in een machtsrelatie tot die *delictshandeling*: de fysieke pleger verricht immers eigenhandig de feitelijke delictshandeling ('gewilde spierbeweging') die het feitelijk delictsgevolg veroorzaakt.²³ Deze feitelijke delictshandeling is het aanknopingspunt voor de vaststelling van *causaliteit*. Daarvoor geldt de leer van de redelijke toerekening.²⁴ In de heersende interpretatie van die leer bestaat het causaliteitsoordeel uit twee componenten: de handeling van de pleger is een *conditio sine qua non* voor het intreden van het feitelijk delictsgevolg ('natuurkundige' causaliteit)²⁵, en het is redelijk om dat gevolg toe te rekenen aan die handeling van de pleger ('redelijke

22 Mocht die veronderstelling bestaan, dan druist deze in tegen de dogmatiek. In de literatuur heerst de opvatting dat het opzet van de medeplegers (enigszins) mag uiteenlopen. Zie hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.2 en paragraaf 3.6.2 van dit hoofdstuk.

23 Dit punt is al opgemerkt in paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk.

24 De kernvraag is of het gevolg 'redelijkerwijs als gevolg van die gedraging aan de verdachte (...) kan worden toegerekend'. Zie HR 19 maart 2013, LJN BZ4491, r.o. 2.4. De redelijke toerekening is als criterium geïntroduceerd in het befaamde Longembolie-arrest (HR 12 september 1978, NJ 1979, 60 m. nt. Van Veen). Zie daarover Witjens 2011, i.h.b. p. 45–49.

25 Zie hierover bijvoorbeeld De Hullu 2012, p. 175. De delictshandeling moet een 'onmisbare voorwaarde' zijn voor het intreden van het gevolg, met andere woorden: 'elke voorwaarde die niet kan worden weggedacht zonder dat ook het gevolg wegvalt'.

toerekening').²⁶ De laatste, normatieve component vormt een correctie op het ruime causaliteitsoordeel waartoe de toepassing van het *conditio sine qua non*-vereiste voert. Hiermee lijkt het Nederlandse causaliteitsbegrip qua structuur sterk op het Duitse causaliteitsleerstuk. In de heersende leer in Duitsland wordt het 'natuurkundige causaliteitsverband' beperkt door de 'objektive Zurechnung des Handlungserfolges'. Die objektive Zurechnung – een normatief oordeel – maakt dat het gevolg alleen voor rekening komt van de Täter als deze een strafrechtelijk relevant gevaar heeft geschapen (Gefahrschaffung), en het ingetreden gevolg wordt gewaardeerd als verwezenlijking van dát gevaar (Gefahrverwirklichung).²⁷ Voorondersteld dat het Duitse toerekeningsoordeel (objektive Zurechnung) niet wezenlijk verschilt van het Nederlandse (redelijke toerekening)²⁸, maak ik gebruik van de in Duitsland gebruikelijke uitsplitsing van dat toerekeningsoordeel in 'gevaarstelling' en 'gevaarverwezenlijking'; de feitelijke delictshandeling schept een ongeoorloofd gevaar, welk gevaar zich verwezenlijkt in het feitelijk delictsgevolg.²⁹ Behalve een machtsrelatie tot de delictshandeling en een causaliteitsverband tussen die handeling en het delictsgevolg, is vereist dat de pleger in het vereiste *schuldverband* staat tot dat gevolg. In geval van een *doleus* gevolgsdelict moet het gevolg worden omvat door het opzet van de pleger.

De omstandigheid dat de 'redelijke toerekening' het hart vormt van het causaliteitsoordeel, heeft er in de Nederlandse rechtspraktijk toe geleid dat het dogmatische onderscheid tussen causaliteit en schuldverband in zeker opzicht is verwaterd. Zo wordt de omstandigheid dat de pleger het opzet heeft om een delictsgevolg te realiseren (schuldverband) wel gezien als een belangrijke aanwijzing dat het redelijk is om dat gevolg aan de feitelijke delictshandeling van de pleger toe te rekenen (causaliteit)³⁰; hoe hoger de opzetgradatie is, hoe sterker die aanwijzing lijkt te zijn.³¹ De toerekeningscomponent van causaliteit maakt niet alleen dat causaliteit en schuldverband elkaar kunnen overlappen, maar ook

26 Aldus wordt de heersende opvatting weergegeven door Witjens 2011, p. 135.

27 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 4.4.3.

28 Zie in soortgelijke zin Van Bemmelen/Van Veen 2003, p. 86 (ten aanzien van causaliteit bij een culpoos gevolgsdelict): 'Het is de abstracte gevaarstelling die als vertrekpunt van de causaliteitsvraag wordt genomen. De vraag is of het gevolg aan de verdachte kan worden toegerekend wegens diens gevaarzettend, risicovol gedrag.'

29 De reden voor het gebruik van het Duitse begrippenapparaat is dat daarin het onderscheid tussen 'gevaarstelling' en 'gevaarverwezenlijking' goed tot uitdrukking wordt gebracht. De keuze dient louter een analytisch doel: de analyse van de aansprakelijkheidsstructuur van medeplegen wordt hierdoor in mijn ogen inzichtelijker. Niet beoogd is om een inhoudelijk verschil met de leer van de redelijke toerekening tot uitdrukking te brengen. Zie nader paragraaf 3.6.3.1.

30 De invloed van 'opzet' op 'causaliteit' wordt wel afgeleid uit HR 7 mei 1985, LJN AB9795, NJ 1985, 821, m. nt. 't Hart. Vgl. daarvoor Witjens 2011, p. 145-147. Zie voor de eigen visie van de auteur op deze kwestie p. 224-225.

31 Van Bemmelen/Van Veen 2003, p. 85 jo. 84, nt. 25. De beïnvloeding wordt vooral toegeschreven aan de hoogste gradatie van opzet (oogmerk). Of ook voorwaardelijk opzet het causaliteitsoordeel beïnvloedt, is onzeker. Zie over de overlap tussen de vaststelling van culpa ten aanzien van een delictsgevolg en causaliteit: CAG Hofstee, punt 14-15 bij HR 5 oktober 2010, LJN BN2292.

dat ‘handelingen van derden’ die bijdragen aan het intreden van het delictsgevolg niet snel in de weg lijken te staan aan de toerekening van dat gevolg aan de pleger.³²

Drie aspecten van dit aansprakelijkheidskader voor het plegen van een gevolgsdelict acht ik in het bijzonder van betekenis voor mijn onderzoek.

Het eerste is dat de feitelijke delictshandeling een gevaar in het leven roept dat een delictsgevolg intreedt, welke *gevaarstelling* voor rekening komt van de pleger vanwege diens *machtsrelatie* tot de gevaarzettende delictshandeling. De verantwoordelijkheid voor die handeling is dus niet gebaseerd op de aanwezigheid van ‘opzet’ op die handeling, hoewel dat opzet vermoedelijk ligt besloten in het verrichten van die handeling (‘gewilde’ spierbeweging). De verantwoordelijkheid voor de feitelijke delictshandeling is gegrond op een machtsrelatie tot die handeling, terwijl het door het gevolgsdelict vereiste schuldverband is betrokken op het delictsgevolg van die handeling. In de heersende opvatting over Mittäterschaft ten aanzien van een door het gevolg gekwalificeerd delict (erfolgsqualifizierte Delikte), en tot op zekere hoogte ook medeplegen, blijkt het opzet (schuldverband) te worden betrokken op de feitelijke delictshandeling van de mededader. Zo kan de Mittäter in de sleutel van een door het gevolg gekwalificeerd delict enkel aansprakelijk worden gehouden voor de dood van het slachtoffer, als zijn Vorsatz is gericht op de feitelijke delictshandeling van zijn mededader die de dood van het slachtoffer verwezenlijkt. Die delictshandeling kan bijvoorbeeld bestaan uit het toebrengen van een messteek aan het slachtoffer. Het opzet op die handeling is een voorwaarde om het delictsgevolg daarvan voor rekening te brengen van de samenwerkende actor.³³ Die benadering heeft in mijn ogen belangrijke nadelen. In het onderstaande zal ik deze dan ook afwijzen. Het alternatief dat ik zal verdedigen, is kortweg dat al sprake is van een in samenwerking begane ‘uitvoeringshandeling’ als de feitelijke delictshandeling van de mededader in ‘causaliteitsverband’ staat tot de ‘samenwerking’.³⁴ Toegespitst op het voorbeeld: het ‘steken met een mes in de hartstreek van het slachtoffer’ is een uitvoeringshandeling van de samenwerking als die messteken daarvan het gevolg zijn. Niet vereist is dat de medepleger daarnaast ‘(globaal) opzet’ heeft op die feitelijke handeling. Dat opzet hoeft enkel te zijn gericht op delictsbestanddelen, voor zover vereist door de betreffende delictsomschrijving.³⁵

Het tweede relevante aspect van het aansprakelijkheidskader voor het plegen van een gevolgsdelict is de bevinding dat het *causaliteitsverband* tussen de feitelijke delictshandeling van de pleger en het feitelijk delictsgevolg niet snel lijkt te worden doorbroken door tussenliggende handelingen van derden. Bij de aansprakelijkheid van de samenwerkende actor spelen vergelijkbare kwesties:

32 Vgl. Witjens 2011, p. 158–162.

33 Daarover paragraaf 3.4 van dit hoofdstuk.

34 Zie voor de nadere uitwerking paragraaf 3.3.2.2 – 3.3.2.3 en 3.3.6.

35 Daarover paragraaf 3.6.4.

de mededader past bijvoorbeeld zwaarder geweld toe dan afgesproken omdat het slachtoffer zich heviger verzet dan verwacht, of de mededader geeft niet (uitsluitend) uitvoering aan de samenwerking maar trekt (ook) zijn eigen plan. Dit onderwerp komt vanuit rechtsvergelijkend perspectief eerst aan bod in paragraaf 3.3.2.3.

Het derde en laatste aspect is dat de vaststelling van *causaliteit en schuldverband* met elkaar is *verweven*. Die verknoping bestaat ook wanneer het draait om de aansprakelijkheid van de samenwerkende actor. Ook die kwestie wordt in paragraaf 3.3.2.3 onder de aandacht gebracht. In paragraaf 3.6 zal ik ten aanzien van die verwevenheid verdedigen dat causaliteit en schuldverband juist uit elkaar moeten worden getrokken. Hieronder wordt eerst geïllustreerd dat de structuur van de aansprakelijkheid van de samenwerkende actor – de medepleger, *Mittäter* of *jce*-deelnemer – als soortgelijk kan worden beschouwd aan die van de pleger van een gevolgsdelict.

3.3.2 Samenwerkende actor: samenwerking, causaliteit en schuldverband

3.3.2.1 Inleiding

In de casus die onderwerp zijn van dit onderzoek vervulde de *mededader* meestal alle bestanddelen van het opzetdelict. Op basis daarvan bleek die mededader zelf ook een pleger te zijn. Die aansprakelijkheid berust dan op de aansprakelijkheidsstructuur die in de vorige subparagraaf is uiteengezet: delictshandeling, causaliteit en schuldverband. De aansprakelijkheid van de *samenwerkende actor* voor een door die mededader gepleegd opzetdelict laat zich verduidelijken aan de hand van een soortgelijke structuur. Ook het bereik van die aansprakelijkheid wordt bepaald door de wisselwerking tussen drie factoren: in dit geval samenwerking, causaliteit en schuldverband. Aan de hand van deze drietrapsraket kunnen zowel de heersende opvattingen over medeplegen, *Mittäterschaft* en de *jce*-aansprakelijkheid als een aantal alternatieve benaderingen die in dit onderzoek naar voren zijn gekomen, worden begrepen.³⁶

Het kernverschil tussen fysieke pleger en samenwerkende actor schuilt in het aanknopingspunt voor de beoordeling van het aansprakelijkheidsbereik. Voor de fysieke pleger wordt bedoeld vertrekpunt gevormd door de eigenhandig verrichte ‘feitelijke delictshandeling’. De aansprakelijkheid van de samenwerkende actor berust op een strafrechtelijk relevante vorm van *samenwerking*: de feitelijke delictshandeling van de mededader moet voldoende verband houden met de al gevestigde en voortdurende samenwerking.³⁷ Alleen dan mag die handeling worden gewaardeerd als een *uitvoeringshandeling* van die samenwerking, die op

36 De verschillende zienswijzen kunnen worden ingedeeld in twee aansprakelijkheidsmodellen. Zie nader paragraaf 3.4 en 3.5.

37 Er kan verschillend worden gedacht over de te stellen eisen aan het verband tussen ‘samenwerking’ en ‘feitelijke delictshandeling’. Zie daarover paragraaf 3.4 en 3.5.

basis daarvan ook voor rekening komt van de samenwerkende actor. Een buiten de samenwerking om verrichte delictshandeling van de mededader, valt als *eigenmachtige* handeling uitsluitend in het verantwoordelijkheidsbereik van die mededader. Het vaststellen van de omvang van de samenwerking is dus van groot belang: op basis daarvan kan een ‘uitvoeringshandeling’ worden onderscheiden van een ‘eigenmachtige handeling’.

In de heersende opvatting over medeplegen en Mittäterschaft ten aanzien van opzetdelicten (Vorsatzdelikte) wordt de omvang van de samenwerking bepaald aan de hand van het opzet (Vorsatz) van de samenwerkende actor. Bij aanwezigheid van een bewuste samenwerking (deelnemingsopzet) wordt de samenwerking begrensd door het gezamenlijk *delictsoptzet* van de samenwerkende actoren.³⁸ Wanneer de mededader een niet-afgesproken feitelijke delictshandeling en feitelijk delictsgeslacht verwezenlijkt – bijvoorbeeld: de mededader steelt een kleuren- in plaats van het afgesproken zwart-wit kopieerapparaat (art. 310 Sr), of de mededader rukt in het kader van die diefstal het apparaat niet uit de armen van de eigenaar maar hij slaat deze met een knuppel (art. 312 lid 1 Sr) – dan wordt de vraag of ook de samenwerkende actor voor die afwijking aansprakelijk is vaak louter benaderd vanuit het vereiste delictsoptzet. De centrale vraag is telkens: heeft de samenwerkende actor het opzet dat door de delictsomscriptie wordt vereist? De beantwoording van die vraag wordt mede beïnvloed door de eisen die men stelt aan dat delictsoptzet. Volstaat dat de samenwerkende actor het oogmerk heeft om zich ‘een goed’ wederrechtelijk toe te eigenen of is vereist dat hij het ‘zwart-wit kopieerapparaat’ op het oog heeft gehad? Is voor diefstal met geweld voldoende dat het opzet zich uitstrekt tot het toepassen van ‘geweld’ of moet dat opzet zijn gericht op het ‘slaan met een knuppel’?

De heersende benadering, waarin bij aanwezigheid van de vereiste samenwerking onmiddellijk de aandacht wordt gevestigd op het delictsoptzet, onttrekt twee factoren aan het zicht die *op zichzelf* relevantie hebben voor de aansprakelijkheid van de samenwerkende actor: de wijze waarop die samenwerkende actoren positie innemen ten opzichte van elkaar (*samenwerking*), en de wijze waarop de feitelijke delictshandeling en het feitelijk delictsgeslacht daarvan zich verhouden tot die samenwerking (*causaliteit*). Dat laat zich verduidelijken aan de hand van bovenstaande voorbeelden. Voordat het delictsoptzet in beeld komt, moet eerst vaststaan dat het stelen van het ‘zwart wit-kopieerapparaat’ of het ‘slaan met een knuppel’ het gevolg is van de samenwerking. Daarvoor is onder meer van betekenis welke uitgangssituatie de samenwerkende actoren gezamenlijk hebben gecreëerd. Hebben de samenwerkende actoren bijvoorbeeld alternatieve uitvoeringswijzen uitgesloten – ‘geen zwart-wit apparaat stelen’ of ‘niet met een knuppel slaan’ – dan kan een dergelijke afspraak de reikwijdte van de samenwerking beperken. Een dergelijke limitering kan maken dat wanneer de mededader toch de uitgesloten feitelijke delictshandeling verricht, die handeling niet in causaal verband staat tot de samenwerking. In dat

38 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 4.2 (medeplegen) en hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.2.2 (Mittäterschaft).

geval kan die handeling al vanwege de afwezigheid van een causaliteitsverband niet worden toegerekend aan de samenwerkende actor. In het Nederlandse en Duitse stelsel wordt echter niet expliciet aandacht besteed aan die causaliteitseis. Limiteringen als in het voorbeeld worden in het Duitse stelsel vertaald naar het bereik van het *Vorsatz* van de *Mittäter*: dergelijke risicobeperkende afspraken (risikolimiterende Abreden) maken dat het *Vorsatz* van de *Mittäter* zich *niet* uitstrekt tot het stelen van een zwart-wit apparaat of het slaan met een knuppel.³⁹ Hieronder zal ik met betrekking tot medeplegen verdedigen dat ‘samenwerking’ en ‘causaliteit’ afzonderlijke factoren zouden moeten zijn bij de afbakening van de aansprakelijkheid van de medepleger. Het schuldverband van de samenwerkende actor – diens delictsoptzet – is in mijn ogen enkel relevant als derde factor. De afgescheiden positie van de samenwerking ten opzichte van het delictsoptzet lijkt in de Nederlandse literatuur te worden voorgestaan door Knigge.⁴⁰

Met behulp van deze drietrapsraket – samenwerking, causaliteit en schuldverband – kunnen de aansprakelijkheidsgronden medeplegen, *Mittäterschaft* en *jce*-aansprakelijkheid worden begrepen vanuit de structuur van het plegen van een *gevolgsdelict*.⁴¹ Het winstpunt is dat normatieve afwegingen die in elk stelsel zijn gemaakt dogmatisch beter kunnen worden geplaatst, en daardoor zuiverder kunnen worden bediscussieerd. Uit oogpunt van de drietrapsraket heeft de samenwerking voor de samenwerkende actor een soortgelijke werking als de werking die de feitelijke delictshandeling heeft voor de fysieke pleger: beiden scheppen een ongeoorloofd gevaar (gevaarzetting), en fungeren daardoor als aanknopingspunt voor de vaststelling van *causaliteit* (gevaarverwezenlijking).^{42/43} Voor de samenwerkende actor betekent dit dat een causaliteitsverband moet bestaan tussen enerzijds de *samenwerking* (gezamenlijke gevaarzetting) en anderzijds zowel de feitelijke delictshandeling van zijn mededader als het feitelijke delictsgevolg daarvan, waarvoor de samenwerkende actor aansprakelijk wordt gehouden. Handeling en gevolg daarvan moeten dus bij elkaar genomen de

39 Concretisering ten aanzien van de delictsuitvoering worden niet snel aangemerkt als risikolimiterende Abreden. Daarover uitvoeriger hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.2 en paragraaf 3.3.2.2 van dit hoofdstuk.

40 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 4.3.4.

41 Vgl. in soortgelijke zin ten aanzien van functioneel plegen: Wolswijk 2000, p. 806.

42 In geval van de *jce*-deelnemer speelt, als gevolg van de accessoire aard van deze aansprakelijkheid en de strikte causaliteitsopvatting in de heersende leer in Engeland, causaliteit geen rol. Wel dient een *verband* ('a connection') te bestaan tussen de deelnemingsgedraging van deze accessoire deelnemer – die neerkomt op het zich verbinden aan een common purpose – en het door de principal gepleegde delict. Zo beschouwd bestaat er voldoende gelijkenis met de causaliteitsvraag bij medeplegen en *Mittäterschaft*. Ook voor de *jce*-deelnemer moet het delict van de principal in een bepaalde verhouding staan tot de common purpose waaraan hij zich heeft verbonden; er moet een verband bestaan tussen enerzijds de inhoud van die common purpose en anderzijds het gepleegde delict. Met andere woorden: aan het nastreven van de common purpose kleef een gevaar, dat zich verwezenlijkt in het delict dat de principal begaat. Zie hierover hoofdstuk 3, paragraaf 2.4.2.3.

43 In paragraaf 3.3.1 van dit hoofdstuk is al opgemerkt dat het onderscheid tussen ‘gevaarzetting’ en ‘gevaarverwezenlijking’ louter een analytisch doel dient: het inzichtelijk maken van de aansprakelijkheidsstructuur van medeplegen. Niet beoogd is om een inhoudelijk verschil met de leer van de redelijke toerekening tot uitdrukking te brengen.

verwezenlijking zijn van de gezamenlijke gevaarstelling. Over de vraag op welk deel van dat gevolg het *schuldverband* moet zijn betrokken – enkel het feitelijk delictsgevolg, of ook de feitelijke delictshandeling van de mededader – wordt verschillend gedacht, zoals hieronder zal blijken wanneer de verschillende aansprakelijkheidsmodellen onder de loep worden genomen.

Hiervoor stelde ik dat de dominante rol die het delictsofzet speelt in het Nederlandse en Duitse stelsel bij de begrenzing van de aansprakelijkheid van de samenwerkende actor, maakt dat de samenwerking en het causaliteitsverband uit zicht blijven. Hoewel aan het zicht onttrokken, lijken beide factoren in geval van medeplegen en Mittäterschaft echter wel degelijk een rol te spelen, zij het niet zelfstandig maar verdisconteerd in het schuldverband: het oordeel dat de samenwerkende actor opzet heeft gehad op het door zijn mededader gepleegde delict (schuldverband), impliceert dan dat de feitelijke delictshandeling en het feitelijk delictsgevolg in causaal verband staan tot de samenwerking.

Voordat ik stil sta bij de twee aansprakelijkheidsmodellen die naar voren zijn gekomen in de rechtsvergelijking, laat ik eerst zien welke rol de eerste twee delen van de drietrapsraket spelen in de verschillende stelsels. In paragraaf 3.3.2.2 komen voorbeelden aan bod waaruit blijkt dat het causaliteitsverband tussen samenwerking en feitelijke delictshandeling van invloed is op het aansprakelijkheidsoordeel. In paragraaf 3.3.2.3 wordt nader aandacht besteed aan het vertrekpunt voor dat causaliteitsoordeel: de samenwerking.

3.3.2.2 Uitgelicht: causaliteit

De aanwezigheid van causaliteit tussen samenwerking en feitelijke delictshandeling lijkt in elk stelsel een *minimumvoorwaarde* te zijn voor het aanmerken van die handeling als uitvoeringshandeling van de samenwerking.⁴⁴ Dat causaliteitsverband komt in de heersende *Duitse rechtspraak* nauwelijks aan de oppervlakte. De reden daarvoor is dat de ‘objektive Zurechnung’ in het kader van causaliteit bij opzetdelicten geen zelfstandige rol speelt, maar wordt omvat door de ‘subjektive Zurechnung’ in de sleutel van Vorsatz. Zo is het standaardrechtspraak dat het Vorsatz van Täter en Mittäter moet zijn betrokken op de wezenlijke omtrek van de totstandkomingswijze van het feitelijk delictsgevolg (Kausalverlauf).⁴⁵ Bij Mittäterschaft maakt de feitelijke delictshandeling van de mededader deel uit van de totstandkomingswijze van het gevolg.⁴⁶ De consequentie is dat het oordeel over Vorsatz een causaliteitsoordeel impliceert: de beantwoording van de vraag of de totstandkomingswijze van het gevolg niet wezenlijk verschilt van de totstandkomingswijze die de Mittäter zich heeft

44 Als eerder opgemerkt: in geval van de jce-deelnemer speelt, als gevolg van de accessoire aard van deze aansprakelijkheid en de strikte causaliteitsopvatting in Engeland, causaliteit geen rol. Wel dient een *verband* (‘a connection’) te bestaan tussen de deelnemingsgedraging van deze accessoire deelnemer – die neerkomt op het zich verbinden aan een common purpose – en het door de principal gepleegde delict.

45 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 4.4.1.1.

46 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 4.4.1.2 jo. 3.3.2.2.

voorgesteld (Vorsatz), vergt een causaliteitsoordeel: is die totstandkomingswijze de verwezenlijking van het gevaar dat door de samenwerking in het leven is geroepen? Deze vermenging van delictsoptzet en causaliteit maakt het lastig goed zicht te krijgen op de causaliteitscomponent, omdat die component immers in de regel niet wordt geëxpliciteerd. Een enkele maal is dat anders.

De rechtspraak over de ‘Zäsur’ is daarvan een eerste voorbeeld.⁴⁷ Die jurisprudentie laat zien dat causaliteit is vereist tussen samenwerking en feitelijke delictshandeling: als de mededader de betreffende handeling verricht na een keerpunt (Zäsur), dan verhoudt die handeling zich als een aliud (andere Tat) tot de samenwerking; deze handeling is om die reden geen over en weer toerekenbare uitvoeringshandeling. In de hierop betrekking hebbende zaak *NSrZ* 2010, 33 was sprake van een dergelijk keerpunt: het gezamenlijk besluit om te vluchten maakte de tegen dat besluit indruisende geweldshandelingen van de mededader – hij vluchtte niet, maar keerde terug naar de plaats delict waar hij het slachtoffer vervolgens toetakelde – tot eigenmachtige handelingen. Dat rechtsgevolg vindt zijn verklaring in de afwezigheid van een causaliteitsverband tussen samenwerking en delictshandeling: na het gezamenlijk besluit om te vluchten is dat geweld immers bezwaarlijk aan te merken als het gevolg van de samenwerking.

In het Engelse recht is ook een zeker ‘verband’ vereist tussen gezamenlijke gevaarstelling – de wederzijdse ‘encouragement’ die blijkt uit de verbinding van de jce-deelnemer aan de common purpose – en feitelijke delictshandeling. In uitzonderlijke situaties kan dat verband worden doorbroken door een onderbreking in de delictsuitvoering.⁴⁸

In het tweede voorbeeld is het bedoelde causaliteitsverband op het eerste gezicht minder goed zichtbaar. Onder de oppervlakte lijkt het causaliteitsleerstuk van invloed te zijn op de benadering van gevallen waarin de mededader een feitelijke delictshandeling verricht, na al dan niet vrijwillig/opzettelijk te zijn afgeweken van de uitvoering van het gezamenlijk plan. Bij een *vrijwillige* afwijking van de mededader kan diens handeling *niet* worden toegerekend aan de samenwerkende actor, in geval van een *onvrijwillige* afwijking mag die handeling doorgaans *wel* voor rekening komen van de samenwerkende actor.

Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van het Duitse stelsel. Wanneer het gezamenlijk plan is gericht op het doden van X, en de mededader in plaats daarvan *vrijwillig* Y van het leven berooft, dan is de Mittäter daarvoor in de heersende opvatting niet aansprakelijk. *Veronderstelde* de mededader daarentegen te handelen conform het gezamenlijk plan – hij hield Y voor X (error in persona) – dan is de Mittäter zonder meer (heersende opvatting) of onder nadere voorwaarden (minderheidsopvatting) wel aansprakelijk voor die

47 Hoofdstuk 2, paragraaf 5.8.2.

48 Daarover hoofdstuk 3, paragraaf 2.4.2.1.

delictshandeling.⁴⁹ Het mogelijk uiteenlopende aansprakelijkheidsresultaat bij een ‘vrijwillig’ respectievelijk ‘onvrijwillig’ van het gezamenlijk plan afwijkende mededader, kan niet worden verklaard vanuit het *Vorsatz* van de *Mittäter*. De feitelijke delictshandeling is immers naar uiterlijke verschijningsvorm dezelfde: de mededader schiet met scherp, waardoor Y wordt gedood. Het schieten op Y wordt wel of niet omvat door het *Vorsatz* van de *Mittäter*. Dat *Vorsatz* is immers niet betrokken op de intentie waarmee de mededader een kogel afvuurt. Om die reden is het al dan niet vrijwillig afwijken van het gezamenlijk plan door de mededader, niet van invloed op het *Vorsatz* van de *Mittäter*. Dat die variabele tóch van invloed is op de aansprakelijkheid van de *Mittäter*, heeft een andere reden: causaliteit. De intentie van de mededader – de wijze waarop hij zich verhoudt tot de uitvoering van het gezamenlijk plan – is wél van invloed op het oordeel of het ‘schieten op Y’ (feitelijke delictshandeling) mag gelden als gevolg van de samenwerking, die is gericht op de dood van X. In geval van een ‘vrijwillige afwijking’ zal het causaliteitsverband in de regel ontbreken: hoe minder de samenwerking van invloed is op het handelen van de mededader, des te minder reden er is die samenwerking te beschouwen als strafrechtelijk relevante oorzaak. Een ‘onvrijwillige afwijking’ heeft daarentegen een aanmerkelijk geringere invloed op die causaliteitsband. Kortom: het bedoelde verschil in aansprakelijkheidsresultaat dat mogelijk optreedt, kan worden verklaard aan de hand van causaliteit.

De heersende opvatting in Engeland getuigt van een soortgelijke benadering: wanneer de mededader de feitelijke delictshandeling verricht terwijl hij ‘uninfluenced’ is door de wederzijdse ‘encouragement’, dan komt handeling noch delictsgevolg daarvan voor rekening van de jce-deelnemer.⁵⁰ In soortgelijke opzicht als bij *Mittäterschaft* is de ‘vrijwilligheid’ van de afwijking door de mededader van invloed op het aansprakelijkheidsoordeel ten aanzien van de jce-deelnemer: onvrijwillige afwijkingen bevrijden niet, vrijwillige mogelijk wel.⁵¹

Bij *medeplegen* komt het causaliteitsverband tussen bewuste en nauwe samenwerking en feitelijke delictshandeling niet uitdrukkelijk ter sprake. Reijntjes bleek van oordeel te zijn dat die causaliteitseis besloten ligt in het geldende recht.⁵² De overwegingen van de Hoge Raad in de zaak *Bacchus* bieden daarvoor wellicht een aanwijzing.⁵³ Sterker blijkt dat uit het *Veghel*-arrest.⁵⁴ In die zaak bestond het gezamenlijk plan uit het doden van een gezamenlijk doelwit. Dit slachtoffer bevond zich in een bezocht schoolgebouw. Met het beschieten van dat doelwit, bracht de mededader ook derden in levensgevaar. Het hof veroordeelde de lijfelijk afwezige medepleger ook voor het medeplegen van poging tot doodslag

49 Hoofdstuk 2, paragraaf 5.4. Zie in soortgelijke zin ook de opvatting van Puppe die is beschreven in paragraaf 5.8.2.

50 Hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.2.1 jo. 4.3.2.

51 Zie Hoofdstuk 3, paragraaf 4.2 (onvrijwillige afwijkingen) en 4.3 (vrijwillige afwijkingen).

52 Hoofdstuk 1, paragraaf 3.4.4. Zie ook paragraaf 3.5.4 van dit hoofdstuk.

53 Daarover paragraaf 3.3.2.3.

54 Zo HR 19 september 2002, LJN AE6118. Daarover meer in hoofdstuk 1, paragraaf 5.3.2.

op deze derden. Ten aanzien van de poging tot doodslag op een van hen, merkte het hof op dat de medepleger daarvoor aansprakelijk is, ook als zijn mededader mogelijk ‘gericht heeft geschoten’ op die derde. Het oordeel van het hof houdt in dat de medepleger aansprakelijk is, ook als zijn mededader mogelijk ‘vrijwillig’ afwijkt van de uitvoering van het gezamenlijk plan. Dat lijkt te getuigen van een andere zienswijze dan de hierboven beschreven heersende opvattingen over deze kwestie. De Hoge Raad waardeerde de overweging van het hof als een ‘overweging ten overvloede’, omdat uit het gebezigde bewijs zou blijken dat de mededader het telkens had gemunt op het gezamenlijke doelwit. Uit deze handelwijze van de Hoge Raad leid ik af dat het vermoedelijk in zijn ogen wel degelijk relevant is of de mededader uitvoering geeft aan het gezamenlijk plan dan wel dat hij zijn eigen plan trekt. Dit kan worden verklaard door de inherente causaliteitseis – het tweede deel van de drietrapsraket – die besloten ligt in de aansprakelijkheid van de medepleger.

3.3.2.3 Uitgelicht: samenwerking als gezamenlijke gevaarzetting

In navolging van de heersende leer in Duitsland kan causaliteit worden begrepen als het scheppen van een ongeoorloofd gevaar (gevaarzetting), welk gevaar zich verwezenlijkt in het feitelijk delictsgevolg (gevaarverwezenlijking).⁵⁵ In afwijking van fysiek en functioneel plegen is bij medeplegen de *gezamenlijke* gevaarzetting het vertrekpunt voor het causaliteitsoordeel.

De *fysieke pleger* heeft fysieke macht over het al dan niet verrichten van de *feitelijke delictshandeling*. Die handeling roept een meer of minder groot *gevaar* in het leven dat een delictsgevolg intreedt. Het al dan niet intreden daarvan ligt echter buiten het machtsbereik van de fysieke pleger. En als het gevolg intreedt, dan beschikt de fysieke pleger evenmin over de wijze waarop dat gevolg tot stand komt. Wanneer de fysieke pleger bijvoorbeeld een kogel afvuurt op de hartstreek van X dan heeft de pleger controle over het afvuren van de kogel (feitelijke delictshandeling), maar ligt het buiten zijn macht of X daadwerkelijk wordt getroffen. Het slachtoffer kan bijvoorbeeld op tijd wegduiken, en zo het projectiel ontwijken. Een andere mogelijkheid is dat het feitelijk delictsgevolg intreedt, maar op geheel andere wijze: het slachtoffer wordt niet-levensgevaarlijk getroffen door de kogel, maar het met die verwonding opgenomen slachtoffer sterft door een ziekenhuisbrand. Het ligt dus niet in het machtsbereik van de pleger te beschikken over intrede en causale totstandkomingswijze van het delictsgevolg, zijn handeling schept enkel een meer of minder groot gevaar daartoe. Als het slachtoffer wél dodelijk wordt getroffen door de kogel, dan is sprake van causaliteit: de dood is dan te beschouwen als verwezenlijking van het gevaar dat de pleger met zijn feitelijke delictshandeling heeft geschapen (gevaarzetting). Het afvuren van de kogel op de hartstreek van X roept immers het aanzienlijke gevaar in het leven dat X op dergelijke wijze het leven zal laten.

De aansprakelijkheid van de *functionele pleger* – die functionele macht uitoefent over de ondergeschikte – kan ook worden omschreven in termen

55 Zie hierover hoofdstuk 2, paragraaf 4.4.3.

van ‘gevaarzetting’. Aanknopen bij het in paragraaf 2.2 gegeven voorbeeld van de coffeeshophouder: diens instructie aan de ondergeschikte om cocaïne te verkopen (doen) of het feit dat de coffeeshophouder onvoldoende voorzorgsmaatregelen neemt om te voorkomen dat die ondergeschikte cocaïne verkoopt (nalaten), schept het *gevaar* dat die ondergeschikte cocaïne verkoopt (feitelijke delictshandeling). Heeft de coffeeshophouder echter een dergelijke instructie niet gegeven en heeft hij verder de zorg betracht die van hem kan worden gevergd, dan is geen sprake van strafrechtelijk relevante gevaarzetting. Zo beschouwd is de gevaarzetting ook ingebakken in de aansprakelijkheid van de functionele pleger.

Die gevaarzetting is bij de samenwerkende actor geworteld in de samenwerking met zijn mededader. Bewust *samenwerkende actoren* oefenen gezamenlijk macht uit over de invulling van de samenwerking. Een opzettelijk samenwerkende actor heeft net als de fysieke pleger geen macht over het al dan niet intreden van het delictsgevolg. Maar daar komt, vergelijkbaar met functioneel plegen, iets bij: de samenwerkende actor beheerst evenmin handelingen van zijn mededader, terwijl die handelingen in potentie aan hem worden toegerekend.⁵⁶ Voor het antwoord op de vraag of een handeling aan de samenwerkende actor kan worden toegerekend, moet als vertrekpunt worden gekozen het gevaar dat de samenwerkende actoren samen in het leven hebben geroepen. Het gevaar dat de samenwerking in het leven roept – de *gezamenlijke gevaarzetting* – vormt het vertrekpunt voor de vaststelling van causaliteit met betrekking tot de feitelijke delictshandeling en het feitelijke delictsgevolg daarvan.

Nogmaals zij opgemerkt dat het bereik van de samenwerking in de heersende opvattingen niet wordt begrensd door causaliteit. Het bereik van die samenwerking wordt afgebakend in termen van schuldverband: de gerichtheid van het opzet van de medepleger, het *Vorsatz* van de *Mittäter* en de foresight van de jce-deelnemer.⁵⁷ In de heersende opvattingen is de centrale vraag telkens of de samenwerkende actor in het vereiste schuldverband staat tot het gepleegde delict. Wel werpt de rechtsvergelijking licht op factoren die de omvang van die gezamenlijke gevaarzetting beïnvloeden. Uit die vergelijking destilleer ik drie factoren, die ik hierna behandel: het gezamenlijk plan, de gevaarzettende handelingen van de samenwerkende actor en de bewustheid van begeleidende omstandigheden of gevaren.

1) Het gezamenlijk plan

Allereerst blijkt de inhoud van het gezamenlijk plan een bron van gevaarzetting te zijn. Dat plan is in hoofdstuk 1 gedefinieerd als het ‘doel’ van de samenwerking

⁵⁶ Daarover al paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk.

⁵⁷ In het kader van de jce-aansprakelijkheid wordt wel expliciet de voorwaarde gesteld dat het gepleegde delict een begeleidend gevaar (*‘attendant risk’*) moet zijn van de het gezamenlijke criminele doel (*common purpose*). Nader hierover hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.2.3.

plus eventuele ‘uitvoeringsaspecten’ die verband houden met dat doel.⁵⁸ Bijvoorbeeld: de samenwerkende actoren hebben het gezamenlijk doel om een inbraak te begaan (samenwerkingsdoel), in het kader waarvan zij de afspraak maken dat de samenwerkende actor de wacht zal houden, terwijl de mededader een vuurwapen meeneemt om dat te gebruiken in geval van betrapping (uitvoeringsaspecten). Dat dit gezamenlijk plan een bron van gevaarstelling is, ligt voor de hand: uit (stilzwijgende) afspraken en taakverdelingen – kortom (stilzwijgende) overeenstemming – volgt klip en klaar waartoe de samenwerking zich uitstrekt. Ook in de context van een Tatplan of common purpose bleken dergelijke afspraken en taakverdelingen relevant voor het aansprakelijkheidsbereik van de samenwerkende actor.⁵⁹

Afspraken gelden niet snel als *inperking* van de samenwerking. In het gezamenlijk plan opgenomen ‘concretisering’ met betrekking tot de vervullingswijze van het delict blijken in de rechtspraak niet snel te worden gewaardeerd als een ‘inperking’ van de samenwerking. De redenering is dan dat uit de afspraak om geweld tot gradatie X aan te wenden (concretisering) niet zonder meer volgt dat geweld van een hogere gradatie niet mag worden toegepast.⁶⁰ De juridische waardering van dergelijke concretisering valt dus vaak uit in het nadeel van de samenwerkende actor. In uitzonderlijke gevallen kan dat anders zijn, namelijk in situaties waarin alternatieve uitvoeringswijzen uitdrukkelijk zijn ‘uitgesloten’. In het Duitse stelsel wordt dan gesproken van een ‘risikolimiterende Abrede’: de samenwerkende actor stelt kenbaar voor zijn mededader beperkingen aan de uitvoering van het gezamenlijk plan. Bijvoorbeeld: er mag enkel geweld tot gradatie X worden aangewend (risicobeperkende afspraak).⁶¹ Een soortgelijke figuur als de risikolimiterende Abrede kan worden aangetroffen in het Engelse recht: de ‘Express Limited Authority’.⁶² In de context van de jce-aansprakelijkheid is echter duidelijk dat een overeengekomen beperking ten aanzien van het bereik van de samenwerking, wordt tenietgedaan als de jce-deelnemer de mogelijkheid voorziet dat zijn mededader de beperkende afspraak zal schenden.⁶³ Die overschrijding is daarmee

58 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 5.2.2.

59 Vgl. hoofdstuk 2, onder mee paragraaf 3.3.2.2 en 5.2 (Mittäterschaft), en hoofdstuk 3, onder meer paragraaf 4.3.3 (jce-deelnemer).

60 Een voorbeeld uit de Duitse context: hoewel is afgesproken geweld tot gradatie X aan te wenden, blijkt daaruit niet dat geweld van een hogere gradatie *niet* mag worden verricht. De ‘concretisering’ wordt niet opgevat als ‘inperking’ (vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.2).

61 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.1. Het is vermoedelijk afhankelijk van de rechterlijke waardering wanneer een ‘concretisering’ overgaat in een ‘risicobeperkende afspraak’.

62 Daarover hoofdstuk 3, paragraaf 4.3.3.

63 Bijvoorbeeld: hoewel is afgesproken geweld tot gradatie X aan te wenden, heeft de jce-deelnemer voorzien dat zijn mededader zwaarder geweld zou aanwenden. De afspraak wordt ‘overruled’ door de voorziene overschrijding van die afspraak (vgl. hoofdstuk 3, paragraaf 4.3.3.2). Zie in dat verband bijvoorbeeld ook het in hoofdstuk 1, paragraaf 5.4.1 besproken arrest HR 4 mei 1993, nr. 94.011, DD 93.400. In die zaak had de mededader tijdens de uitvoering van het gezamenlijk plan om een tankstation te overvallen, een pompbediende doodgeschoten. Het hof had ook de verdachte – die zich tijdens de overval in de vluchtauto bevond – veroordeeld voor het medeplegen van

een ‘begeleidend gevaar’ van het gezamenlijk plan. Daarover hierna meer.

In elk stelsel blijkt het gezamenlijk plan echter niet de enige bron van gevaarzetting te zijn. Waarschijnlijk vindt dat mede zijn verklaring in het belang van effectieve wetshandhaving:⁶⁴ de mogelijkheden tot doelmatig optreden tegen het vóórkomen van in samenwerking begane delicten, zijn zeer beperkt wanneer het gezamenlijk plan het enige aanknopingspunt zou zijn voor het bereik van de gezamenlijke gevaarzetting. In dat geval zou allereerst de bewijsvoering in hoge mate worden bemoeilijkt: in de praktijk zal het gezamenlijk plan vaak een globale omlijning kennen, en kan het voor de feitenrechter in een bijzonder geval lastig zijn om de inhoud van dat plan vast te stellen – bijvoorbeeld bij een ontkennende of zwiigende verdachte.⁶⁵ Daar komt in materieelrechtelijk opzicht bij dat de beperking van die gevaarzetting tot de inhoud van het gezamenlijk plan zou meebrengen dat de samenwerkende actor nimmer aansprakelijk is voor niet-afgesproken wapengebruik door zijn mededader, ook als dat wapen wordt aangewend ter uitvoering van het gezamenlijk plan en de samenwerkende actor opzet heeft op het gebruik daarvan. Tegen de achtergrond van het voorgaande kan worden begrepen dat de gezamenlijke gevaarzetting in elk stelsel ruimer is dan de omvang van het gezamenlijk plan alleen.

2) De gevaarzettende handelingen van de samenwerkende actor

Behalve de inhoud van het gezamenlijk plan lijken *gevaarzettende handelingen van de samenwerkende actor* de gezamenlijke gevaarzetting ook te beïnvloeden. Deze bron van gevaarzetting lijkt in de rechtspraak over medeplegen en Mittäterschaft vooral op de achtergrond een rol te spelen, in het bijzonder in casus waarin de feitelijke delictshandeling van de mededader het uitvloeisel is van een oplopende geweldsspiraal waaraan de samenwerkende actor wezenlijk heeft bijgedragen. Het gaat mij slechts om het punt dat de gevaarzettende handeling van de samenwerkende actor vermoedelijk een rol speelt bij het oordeel dat de ‘feitelijke delictshandeling’ van de mededader ook voor rekening komt van de samenwerkende actor.

gekwalficeerde doodslag (art. 288 Sr). Die veroordeling hield stand in cassatie. Vaststond dat de verdachte wist dat zijn mededader een geladen vuurwapen op zak had, en dat die mededader een paar dagen daarvoor tijdens een soortgelijke overval een pompbediende had doodgeschoten. De verdachte had voorafgaande aan de tweede overval bij herhaling tegen zijn mededader gezegd ‘dat er ditmaal geen dode moest vallen’. Een dergelijke boodschap beperkt de *gezamenlijke gevaarzetting* uiteraard niet: gelet op de omstandigheden van het geval – het geladen vuurwapen is in handen van een mededader die enkele dagen daarvoor een pompbediende om het leven heeft gebracht tijdens een soortgelijke overval – kleefte ook aan deze samenwerking het gevaar dat de mededader een dodingshandeling zal verrichten.

64 Vgl. de door Gritter gegeven definitie van ‘effectieve wetshandaving’: ‘het bevorderen van de naleving van wettelijke voorschriften en/of de doelmatigheid van het optreden naar aanleiding van wetsovertredingen, mede in het licht van de achterliggende rechtsbelangen (Gritter 2003, p. 425 (zie ook p. 9–10)).’.

65 Eerder hierover al hoofdstuk 1, paragraaf 5.2.2 (medeplegen) en hoofdstuk 2, paragraaf 5.2 (Mittäterschaft).

Twee voorbeelden kunnen dat verduidelijken: de Nederlandse zaak ‘Bacchus’ en het Duitse ‘Butterflymesserfall’. In het Bacchus-arrest⁶⁶ werd de medepleger verantwoordelijk gehouden voor de door zijn mededader geloste schoten met een vuurwapen (feitelijke delictshandeling) en de al dan niet ingetreden feitelijke delictsgevolgen daarvan (tweemaal een voltooide levensberoving, eenmaal een onvoltooide). Op de bewuste avond had hij met zijn mededader in café Bacchus meerdere keren de confrontatie gezocht met derden, en was het de medepleger die het betreffende vuurwapen in het spel had gebracht. De door het hof gedane vaststellingen wekken de indruk dat het schieten voor de medepleger onverwacht kwam. Desondanks kwam het hof tot een veroordeling voor het medeplegen van twee keer doodslag en een keer een poging daartoe. Dat oordeel hield stand in cassatie. De Hoge Raad overwoog dat het hof heeft kunnen oordelen dat het ‘voorwaardelijk opzet van de verdachte was gericht op het gebruik van het vuurwapen door zijn mededader en op de levensberoving van de slachtoffers’. In dat verband was mede van betekenis dat de medepleger een ‘actieve rol’ heeft gespeeld voorafgaande aan het schieten. Daarmee zal mede bedoeld zijn op het inbrengen van het vuurwapen. In het Butterflymesserfall⁶⁷ probeerde de Mittäter, die ook het initiatief had genomen tot de confrontatie, het slachtoffer eigenhandig met een hakmes te verwonden. Het slachtoffer verzette zich, in reactie waarop de mededader dat slachtoffer doodstak met een vlindermes. Net als in Bacchus kwam de dodingshandeling onverwacht. Anders dan in die zaak overwoog het BGH dat het Vorsatz van de Mittäter zich *niet* uitstreckte tot het steken met het vlindermes door de mededader (feitelijke delictshandeling)⁶⁸ en evenmin tot het dodelijk gevolg daarvan (feitelijk delictsgevolg). Toch was de Mittäter volgens het BGH strafbaar voor Mittäterschaft ten aanzien van Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB). Voor het oordeel dat de feitelijke delictshandeling ook voor rekening komt van de Mittäter is onder meer van betekenis dat het gebruik van het vlindermes voorzienbaar was, mede gelet op de ‘emotional massiv aufgeheizten Tatsituation’.

In beide gevallen valt de feitelijke delictshandeling buiten het globaal omlijnde gezamenlijk plan, en in beide zaken heeft het er de schijn van dat de samenwerkende actor die concrete handeling niet heeft voorzien. Toch komen die handelingen voor rekening van de samenwerkende actoren. Vermoedelijk speelt daarbij een rol dat deze samenwerkende actoren zélf gevaarzettende handelingen hebben verricht. In het Butterflymesserfall was de Mittäter

66 HR 8 mei 2001, LJN AB1472, NJ 2001, 480. Zie daarover hoofdstuk 1, paragraaf 5.4.2. Deze zaak wordt wat betreft het delictsoptzet nader commentariseerd in paragraaf 3.6.4.5 van dit hoofdstuk.

67 BGH 23 juni 2004, NStZ 2004, 684. Zie in vergelijkbare zin BGH 19 augustus 2004, NStZ 2005, 93 (Schweinetrogfall). In deze qua oplopende geweldsspiraal vergelijkbare zaak – de vernederende behandeling die het slachtoffer de gehele avond onderging, culmineerde in een dodelijke sprong van de mededader op het hoofd van het slachtoffer – bleek de Mittäter aansprakelijk te zijn voor de onverwachte dodelijke trappen die zijn mededader plaatste op het hoofd van het slachtoffer. Zie daarover, en over een derde soortgelijke strafzaak, hoofdstuk 2, paragraaf 5.7.2.

68 Dit arrest past in de afwijkende jurisprudentiële lijn van het BGH, waarin de eis dat de feitelijke delictshandeling wordt omvat door het Vorsatz van de Mittäter is losgelaten.

aanvankelijk de agressor door het slachtoffer met een hakmes te lijf te gaan (gevaarzettende handeling). Daarmee leverde hij een wezenlijke bijdrage aan het oplopen van de geweldsspiraal. Het ‘steken met het vlindermes’ is vooral te beschouwen als het gevolg daarvan. Om die reden is het redelijk dat die messteken ook aan de Mittäter worden toegerekend: hij heeft immers zelf het gevaar op een forse geweldshandeling in het leven geroepen, de messteken zijn het resultaat daarvan. In Bacchus was het de medepleger die het vuurwapen ten tonele bracht (gevaarzettende handeling). Met die handeling schiep de medepleger het gevaar dat zijn mededader zwaar geweld zou toepassen, in het bijzonder dat deze het bewuste vuurwapen zou gebruiken. Het ‘schieten’ is om die reden te beschouwen als verwezenlijking van het gevaar dat kleefte aan de handeling van de medepleger. Met het oog op het bestaan van dat causaliteitsverband is verklaarbaar dat de kritiek die in de literatuur is geuit op het oordeel in het Bacchus-arrest, zich niet richt op de uitkomst (de medepleger is verantwoordelijk voor het ‘schieten’) maar louter op de wijze waarop tot die uitkomst wordt gekomen (de medepleger heeft ‘voorwaardelijk opzet’ op het schieten door de mededader).⁶⁹ Vermoedelijk heeft het causaliteitsverband tussen de handeling van de medepleger en de feitelijke delictshandelingen van zijn mededader dan ook een rol gespeeld bij de vaststelling van dat voorwaardelijk opzet, gelet ook op de omstandigheid dat de Hoge Raad verwijst naar de ‘actieve rol’ die de medepleger heeft gehad voorafgaande aan het schieten.

3) De bewustheid van begeleidende omstandigheden of gevaren

De gevaarstelling blijkt ook in het leven te worden geroepen door een bepaalde *begeleidende omstandigheid* die de uitvoering van het gezamenlijk plan voorziet van een begeleidend gevaar. De mededader draagt bijvoorbeeld een vuurwapen bij zich (begeleidende omstandigheid), waardoor het gevaar bestaat op gebruik van zwaar geweld bij de uitvoering van het gezamenlijk plan. Ook dat *begeleidende gevaar* beïnvloedt vanzelfsprekend de gevaarstelling. Eventueel vuurwapengeweld door de mededader in het kader van het gezamenlijk plan – denk aan diefstal met ‘geweld’, al dan niet met intrede van een geobjectiveerd gevolg – komt echter niet zonder meer voor rekening van de samenwerkende actor. In elk stelsel worden nadere voorwaarden verbonden aan de toerekening van een dergelijke geweldshandeling. Die voorwaarden hebben met elkaar gemeen dat is vereist dat de samenwerkende actor zich op zijn minst (ook) *bewust* is van het bestaan van de begeleidende omstandigheid of het begeleidende gevaar.⁷⁰ Aan die eis van bewustheid is bijvoorbeeld voldaan als de medepleger beseft dat zijn

⁶⁹ Daarover nader hoofdstuk 1, paragraaf 5.4.2.

⁷⁰ Die ‘bewustheid’ ligt besloten in het tot uitdrukking gebrachte schuldverband. Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 1, paragraaf 5.5.1 (de ‘bewuste en nauwe samenwerking’ wordt verruimd tot niet-afgesproken delicten die vallen onder het ‘voorwaardelijk opzet’ van de medepleger); hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.2.2 (het ‘Eventualvorsatz’ van de Mittäter verruimt het Tatplan); hoofdstuk 3, paragraaf 2.4.2.2 (de common purpose wordt verruimd door het ‘foresight’ van de jce-deelnemer).

mededader tijdens de uitvoering van de inbraak (doel van de samenwerking) een vuurwapen bij zich draagt (begeleidende omstandigheid), zonder dat het dragen of gebruik van dat wapen onderling is afgesproken. Het bedoelde besef verruimt de gezamenlijke gevaarzetting tot niet-afgesproken handelwijzen: wie weet dat hij met een gewapende mededader op pad gaat in het kader van de afspraak om een inbraak te plegen, die laat het aan die mededader over om al dan niet zwaar geweld aan te wenden in het kader van die inbraak. Dat is in de regel een omstandigheid die de samenwerking voorziet van het begeleidende gevaar op zwaar geweld.

Dat in de sleutel van het *schuldverband* in ieder geval ‘bewustheid’ wordt geëist ten aanzien van de begeleidende omstandigheid of het begeleidend gevaar ligt voor de hand: de bewustheid daarvan is ingebakken in het bewijs van het opzet van de medepleger op het begane ‘geweld’. Zonder die bewustheid is het bewijs van dat geweldsopzet moeilijk voorstelbaar. Minder vanzelfsprekend is dat die ‘bewustheid’ ook is vereist als de omstandigheid en het gevaar worden overgeheveld van de context van het schuldverband naar het verband van *gezamenlijke gevaarzetting*. De bewustheid van een begeleidende omstandigheid of een begeleidend gevaar is immers op zichzelf irrelevant voor de mate van gevaarzetting; of de samenwerkende actor zich al dan niet bewust is van het wapen dat zijn mededader bij zich draagt (omstandigheid), beïnvloedt op zichzelf niet de kans dat die mededader zwaar geweld inzet bij de uitvoering van het gezamenlijk plan (gevaar). In mijn ogen is dat besef echter ook vereist, wil sprake zijn van *gezamenlijke gevaarzetting*; de samenwerkende actoren oefenen immers gezamenlijk macht uit over de invulling van hun samenwerking.⁷¹ Die samenwerking is het aangrijpingspunt voor het gevaar dat in het leven is geroepen. Aan de notie van ‘gezamenlijke machtsuitoefening’ wordt recht gedaan als de samenwerkende actor op zijn minst besef heeft van een begeleidende omstandigheid of een begeleidend gevaar, voordat die omstandigheid of dat gevaar geacht wordt deel uit te maken van de samenwerking. Wie zich bewust is dat zijn mededader een vuurwapen meeneemt bij de uitvoering van het gezamenlijk plan schept *samen* met zijn mededader een gevaar op gebruik daarvan. Onbewustheid ten aanzien daarvan maakt dat de gevaarzetting *alleen* voor rekening komt van de mededader.

De positie die samenwerkende actoren ten opzichte van elkaar innemen (samenwerking) kan worden beschouwd als het resultaat van een juridische waardering, op basis van de inhoud van het gezamenlijk plan, de bewustheid die de samenwerkende actor heeft van begeleidende omstandigheden alsook gevaren en, zo lijkt het, eigen handelingen van de samenwerkende actor die een gevaar scheppen. De laatste twee factoren *verruimen* de omvang van de samenwerking, terwijl specifieke afspraken de reikwijdte daarvan niet snel beperken.

In paragraaf 3.6 wordt een algemeen aansprakelijkheidsmodel voor medeplegen verdedigd. Binnen dat model neem ik de gezamenlijke gevaarzetting

71 Zie paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk.

als vertrekpunt voor het causaliteitsoordeel. De omvang van die gevaarzetting wordt bepaald aan de hand van de drie factoren die hierboven zijn beschreven.

3.3.3 De feitelijke delictshandeling als schakel tussen samenwerking en delictsombschrijving

3.3.3.1 Inleiding

In het voorgaande heb ik gesteld dat de aansprakelijkheid van de samenwerkende actor kan worden begrepen vanuit de structuur van het plegen van een gevolgsdelict; de feitelijke delictshandeling van de mededader en het feitelijk delictsgeslacht daarvan staan in causaal verband met de samenwerking. Om die reden introduceerde ik als nadere invulling van die aansprakelijkheidsstructuur een drietrapsraket: samenwerking, causaliteit en schuldverband. Aan de eerste twee delen daarvan is nader aandacht besteed. In verband daarmee is beschreven dat in elk stelsel een causaliteitsverband lijkt te moeten bestaan tussen samenwerking en feitelijke delictshandeling. Hieronder concentreer ik me op het derde deel van de drietrapsraket: het *schuldverband*. Ik stel voorop dat de samenwerkende actor in elk stelsel in schuldverband moet staan tot delictsbestanddelen. Het navolgende richt zich op de vraag of het schuldverband daarnaast betrokken is of zou moeten zijn op de (feitelijke) delictshandeling. Als de mededader bijvoorbeeld een zware mishandeling begaat door met het vereiste delictsoptzet het slachtoffer ‘slagen toe te brengen met een knuppel’ (feitelijke delictshandeling), zou dan geëist moeten worden dat de medepleger optzet heeft op het concrete ‘slaan met een knuppel’ (feitelijke delictshandeling), of volstaat het algemener gerichte optzet op ‘een handeling die zwaar lichamelijk letsel veroorzaakt’ (delictshandeling)?

De beantwoording van deze vraag wordt bemoeilijkt door de positie die de (feitelijke) delictshandeling inneemt in de aansprakelijkheidsstructuur van de samenwerkende actor: die handeling is de schakel tussen samenwerking en delict. Vanwege die plaats wordt de (feitelijke) delictshandeling beheerst door twee normen: de *deelnemingsnorm* – voor de medepleger: art. 47 lid 1 sub 1 Sr; in de rechtspraak gedefinieerd als ‘bewuste en nauwe samenwerking’ – en de *bijzondere norm* van de toepasselijke delictsombschrijving. Zowel de deelnemings- als bijzondere norm kan op zichzelf reden geven om een schuldverband te eisen ten aanzien van de (feitelijke) delictshandeling. Daarom sta ik bij beide normen afzonderlijk stil.

3.3.3.2 De deelnemingsnorm: bewuste en nauwe samenwerking

In de Nederlandse literatuur wordt door De Hullu verdedigd dat medeplegen een inherente optzeteis kent ten aanzien van de ‘delictsgedraging’: het medeplegen van een optzetdelict, culpoos delict of overtreding vooronderstelt telkens dat de medepleger optzet heeft op de delictsgedraging van het strafbaar feit.⁷² Met ‘delictsgedraging’ doelt De Hullu vermoedelijk op de ‘delictshandeling’, niet op de concrete ‘feitelijke delictshandeling’. De optzeteis is inherent aan

72 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.2.1.

medeplegen, aldus de schrijver, omdat deze eis uitdrukt dat de bewuste en nauwe samenwerking gericht moet zijn op een grondfeit (accessoriteitsvereiste). Het is niet met zekerheid te zeggen of die opzeteis in het geldende recht wordt gesteld.⁷³ Hieronder zal ik betogen dat het niet in de rede ligt dat de deelnemingsnorm – de ‘bewuste en nauwe samenwerking’ – een inherente opzeteis kent ten aanzien van de delictshandeling. De vergelijking met de norm voor *functioneel plegen* – ook een verschijningsvorm van plegen – biedt daarvoor een wetssystematisch argument. Die vergelijking laat zien dat het in het Nederlandse aansprakelijkheidsstelsel mogelijk is om verantwoordelijk te zijn voor een feitelijke delictshandeling, zonder dat is vereist dat het opzet van de actor zich uitstrekt tot het verrichten van die handeling.

De functionele pleger en de medepleger hebben beiden slechts middellijke beheersing over het al dan niet verrichten van de feitelijke delictshandeling.⁷⁴ Bij functioneel plegen staat de ondergeschikte immers tussen het eigen doen of nalaten van de functionele pleger en de feitelijke delictshandeling die aan de functionele pleger wordt toegerekend. In geval van medeplegen bevindt de mededader zich tussen de bewuste en nauwe samenwerking en de feitelijke delictshandeling. Voor beide verschijningsvormen van plegen is de vraag naar de verantwoordelijkheid voor de feitelijke delictshandeling om die reden gelijksoortig. Aan de functionele pleger kan de feitelijke delictshandeling van zijn ondergeschikte worden toegerekend, zonder dat het opzet van de functionele pleger gericht hoeft te zijn op het verrichten van ‘een delictshandeling’. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld van de coffeeshophouder. Het voorbeeld is toegesneden op het functioneel plegen van de overtredingsvariant van een gedragsdelict: het ‘verkopen van cocaïne’ (delictshandeling).⁷⁵ In deze overtredingsvariant wordt in de delictsomschrijving geen opzet vereist ten aanzien van het ‘verkopen van cocaïne’. Stel dat de coffeeshophouder onvoldoende voorzorgsmaatregelen neemt om te voorkomen dat zijn ondergeschikte deze harddrug verkoopt (nalaten). Het nalaten van de coffeeshophouder schept het gevaar dat die ondergeschikte cocaïne verkoopt (feitelijke delictshandeling). De feitelijke delictshandeling komt voor rekening van de functionele pleger, wanneer deze redelijkerwijs als gevolg kan worden toegerekend aan diens doen of nalaten.⁷⁶ Aanvullend opzet op het verrichten van ‘een verkoopshandeling’

73 Daarover ook hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.2.1.

74 Zie paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk.

75 Het verkopen van cocaïne is strafbaargesteld in art. 2 onder B Opw. Dit is een overtreding art. 10 lid 1 jo. 13 lid 1 Opw). Het ‘*opzettelijk* verkopen van cocaïne’ is een misdrijf (art. 10 lid 4 jo. 13 lid 2 Opw).

76 Als de ondergeschikte in de uitoefening van zijn dienstverband cocaïne verkoopt, dan kan de coffeeshophouder die verkoopshandeling voor zijn rekening krijgen: die handeling geldt in dat geval als bedoeld gevolg. De beschrijving in causale termen maakt inzichtelijk dat de coffeeshophouder – ondanks het betrachten van onvoldoende zorg – niet verantwoordelijk is voor een verkoopshandeling, indien de medewerker heimelijk de sleutel van de coffeeshop bemachtigt en buiten de openingstijden van de coffeeshop ‘s nachts de bewuste verkoopshandeling verricht. Die transactie is dan immers niet de *venwezenlijke* van het gevaar dat is geschapen door de coffeeshophouder. De verantwoordelijkheid van de functionele pleger voor de feitelijke delictshandeling van een ander kan dus net als bij

(delictshandeling) waarbij cocaïne van de hand wordt gedaan, is niet vereist, laat staan dat het opzet van de functionele pleger betrokken moet zijn op de concrete verkoophandeling die is verricht door de ondergeschikte (feitelijke delictshandeling).⁷⁷ Functioneel plegen kent kortom geen *inherente* opzeteis ten aanzien van de (feitelijke) delictshandeling. Enkel de delictsomschrijving bepaalt of de functionele pleger in een zeker schuldverband moet staan tot het gedragsbestanddeel: alleen in de misdrijfvariant van art. 2 onder B Opw⁷⁸ is vereist dat de functionele pleger ‘opzet’ heeft op de verkoop van cocaïne.

Medeplegen blijft in het spoor van functioneel plegen als wordt gekozen voor een soortgelijke benadering. Daarin kent medeplegen geen *inherente* opzeteis ten aanzien van de delictshandeling van het delict. De toerekening van de delictshandeling aan de medepleger is niet afhankelijk van het al dan niet bestaan van dat opzet. A fortiori is opzet op de *feitelijke* delictshandeling evenmin vereist. Met het ontbreken van een opzeteis ten aanzien van de delictshandeling hangt medeplegen naar mijn oordeel niet in de lucht, zoals De Hullu meent. Het vereiste causaliteitsverband tussen de bewuste en nauwe samenwerking en de feitelijke delictshandeling van de mededader waarborgt dat die samenwerking is verbonden met een grondfeit.

3.3.3.3 De bijzondere norm: delictsomschrijving

De betekenis van de feitelijke delictshandeling wordt, als schakel tussen samenwerking en delict, ook bepaald door de context van de toepasselijke delictsomschrijving. De delictsomschrijving is daardoor van invloed op de voorwaarden die worden gesteld aan de toerekening van de *feitelijke delictshandeling* aan de samenwerkende actor. Dat komt naar voren in de twee aansprakelijkheidsmodellen die ik onderscheid in paragraaf 3.4 en 3.5.

De bedoelde invloed van het betreffende delict kan worden verduidelijkt met een voorbeeld dat is toegesneden op het Duitse stelsel. Stel dat de Mittäter het gezamenlijk plan hebben om het slachtoffer te mishandelen (Körperverletzung). Het Vorsatz van de Mittäter is enkel gericht op die Körperverletzung. In plaats van het slachtoffer te mishandelen, brengt de mededader het slachtoffer om het leven, door deze een fatale ‘messteek’ toe te brengen (feitelijke delictshandeling). Onder welke voorwaarden kan die ‘messteek’ worden toegerekend aan de Mittäter? Dat hangt af van het delict waarvoor deze aansprakelijk wordt gehouden. Vanwege diens tot Körperverletzung beperkte Vorsatz, komen twee strafbare feiten in aanmerking: het gezamenlijk begaan van Körperverletzung (§ 224 StGB) en Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB).

Voor Körperverletzung is vereist dat het Vorsatz van de Mittäter is gericht op het feitelijke delictsgevolg, niet op de feitelijke delictshandeling (de messteek). Die handeling hoeft slechts in causaal verband te staan tot de samenwerking. Wijkt

medeplegen worden geduid met de begrippen ‘gevaarzetting’ en ‘gevaarverwezenlijking’, ongeacht of het draait om de aansprakelijkheid voor een gedrags- of gevolgsdelict.

77 Nader hierover hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.1.3.

78 Zie art. 10 lid 4 jo. 13 lid 2 Opw.

de feitelijke delictshandeling af van de voorstelling van de Mittäter daarvan – een ‘messteek’ in plaats van een ‘vuistslag’ – dan tast die afwijking het *Vorsatz* op *Körperverletzung* in de regel niet aan.⁷⁹ In geval van *Körperverletzung mit Todesfolge* moet de Mittäter in de heersende benadering niet alleen het *Vorsatz* hebben dat voor *Körperverletzung* is vereist, maar dat *Vorsatz* dient daarbovenop te zijn gericht op de feitelijke delictshandeling (de messteek). Die nadere eis vloeit voort uit de strafrechtelijke betekenis die de feitelijke delictshandeling heeft in de context van *Körperverletzung mit Todesfolge*, een door het gevolg gekwalificeerd delict. Dit delict veronderstelt dat de vervullingswijze van *Körperverletzung* het specifieke gevaar schept op intreding van de *Todesfolge* (tatsbestandstypische *Gefährdusammenhang*).⁸⁰ Die gevaarstelling moet voor de Täter zijn gelegen in diens feitelijke delictshandeling. In de heersende benadering strekt het Mittäterschaft zich enkel uit tot die gevaarstelling, indien die handeling wordt omvat door het *Vorsatz* van de Mittäter.⁸¹ De betekenis die de feitelijke delictshandeling heeft in de context van *Körperverletzung mit Todesfolge* – het aanknopingspunt voor de tatsbestandstypische *Gefährdusammenhang* – maakt dus dat die handeling niet alleen in causaal verband moet staan met de samenwerking, maar ook dat het *Vorsatz* van de Mittäter zich daartoe moet uitstreken.

De invloed van de delictsomschrijving op de maatstaf die wordt aangelegd voor toerekening van de *feitelijke delictshandeling* aan de samenwerkende actor, kan als in het voorbeeld worden onderverdeeld in twee aansprakelijkheidsmodellen. De heersende opvattingen over Mittäterschaft en jce-aansprakelijkheid, in beide gevallen ten aanzien van bepaalde door het gevolg gekwalificeerde delicten (‘erfolgsqualifizierte Delikte’ respectievelijk ‘constructive crimes’) representeren het *eerste aansprakelijkheidsmodel*. In dat model wordt de lat het hoogst gelegd: de feitelijke delictshandeling staat in causaal verband tot de samenwerking en de samenwerkende actor staat daarnaast in schuldverband tot die handeling van de mededader. In het *tweede aansprakelijkheidsmodel* – waaronder valt het Mittäterschaft ten aanzien van een doleus gevolgsdelict – wordt ook causaliteit vereist tussen samenwerking en feitelijke delictshandeling.⁸² Verder lijkt, met uitzondering van de hieronder vallende opvatting van Reijntjes, het schuldverband te zijn betrokken op de delictshandeling van het opzetdelict.⁸³

79 In die situatie wordt de Mittäter geacht nog steeds *Vorsatz* te hebben op de wezenlijke omtrek van de toestandkomingswijze van *Körperverletzung*. In feite berust dat op de juridische fictie dat de met het mes toegebrachte verwondingen het letsel omvatten dat met de voorgestelde vuistslagen zou zijn toegebracht. Zie hoofdstuk 2, paragraaf 5.8.1.

80 Hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2.2.

81 Nader hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2.3.

82 Binnen dit tweede model zijn ‘submodellen’ te onderscheiden. Deze komen aan bod in paragraaf 3.5.

83 Bij een doleus gevolgsdelict vloeit het algemener gerichte opzet op de delictshandeling voort uit het vereiste opzet op het delictsgeslacht. Bijvoorbeeld: de mededader begaat een zware mishandeling door met het vereiste delictsoptzet het slachtoffer ‘slagen toe te brengen met een knuppel’ (feitelijke delictshandeling). Het van de *medepleger* vereiste opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan een ander (delictsgeslacht), impliceert opzet op ‘een handeling die zwaar lichamelijk letsel veroorzaakt’ (delictshandeling).

Het kernverschil met het eerste model is dat dit schuldverband zich niet uitstrekt tot de *feitelijke* delictshandeling.

Opmerking verdient dat beide modellen naast elkaar kunnen fungeren binnen een rechtsstelsel. Het eerste en tweede model zijn bijvoorbeeld complementair in de rechtspraak van het BGH: het eerste in de context van het door het gevolg gekwalificeerde delict, het tweede in het kader van het doleuze gevolgsdelict. Dat hoeft niet te verbazen: het verschil in eisen die worden gesteld aan het schuldverband, vloeit immers voort uit het bestaan van verschillende delictsomschrijvingen. Hieronder worden beide aansprakelijkheidsmodellen nader belicht. De daarin beschreven inzichten gebruik ik om te komen tot een algemeen model voor medeplegen.

3.4 Eerste aansprakelijkheidsmodel: causaliteit en schuldverband betrokken op feitelijke delictshandeling

3.4.1 Inleiding

Het eerste aansprakelijkheidsmodel representeert als aangegeven de heersende opvattingen over de jce-aansprakelijkheid en Mittäterschaft, die naar voren komen in het kader van door het gevolg gekwalificeerde delicten ('constructive crimes' respectievelijk 'erfolgsqualifizierte Delikte').

Een voorbeeld daarvan uit het Engelse stelsel is het delict murder. De principal is aansprakelijk voor murder als hij het slachtoffer doodt (kwalificerend gevolg) met 'intent' om dat slachtoffer 'grievous bodily harm' toe te brengen (grondfeit).⁸⁴ Een Duits voorbeeld is het hiervoor besproken delict Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB). In beide stelsels kan ook de samenwerkende actor aansprakelijk zijn voor dat kwalificerend gevolg, zonder dat hij ten aanzien daarvan foresight (jce-deelnemer) onderscheidenlijk Vorsatz heeft (Mittäterschaft). In dergelijke gevallen volstaat dat het 'foresight' respectievelijk 'Vorsatz' (schuldverband) is betrokken op het minder strafwaardige grondfeit waaraan dat kwalificerend gevolg is verbonden. De jce-aansprakelijkheid kan zich op die voet uitstrekken tot 'murder', indien de jce-deelnemer ten minste de kwade kans heeft voorzien dat zijn mededader het slachtoffer 'grievous bodily harm' zou toebrengen (minder strafwaardig grondfeit).⁸⁵ Die 'dood' kan op soortgelijke wijze als kwalificerend gevolg voor rekening komen van de Mittäter. In een geval van 'Körperverletzung mit Todesfolge' betekent dit dat het Vorsatz van de Mittäter enkel hoeft te zijn gericht op het grondfeit 'Körperverletzung', niet op de dood van het slachtoffer.⁸⁶ Daarnaast wordt in beide stelsels foresight/Vorsatz geëist ten aanzien van de *feitelijke delictshandeling* van de mededader.

⁸⁴ Zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.2.3.

⁸⁵ Zie hoofdstuk 3, paragraaf 4.3.5. Het foresight dient ook gericht te zijn op de mens rea van de mededader ('intent' aangaande het toebrengen van 'grievous bodily harm').

⁸⁶ Hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2. De Mittäter dient wél in een zeker *culpoos* schuldverband te staan tot het kwalificerend gevolg. In geval van 'Körperverletzung mit Todesfolge' moet de Mittäter 'fahrlässig' zijn geweest. In feite houdt dat in dat de intreding van dat gevolg voorzienbaar ('vorhersehbar') moet zijn geweest. Zie daarover hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2.3.

Die eis komt voort uit de gedachte dat het onredelijk is de samenwerkende actor aansprakelijk te houden voor de dood van het slachtoffer, wanneer de mededader een wezenlijk andere handeling verricht dan de samenwerkende actor heeft voorzien. Bijvoorbeeld: het slachtoffer wordt ‘beschoten met een vuurwapen’ in plaats van ‘geslagen met een knuppel’. In een dergelijk geval kan de Mittäter wel aansprakelijk zijn voor het *grondfeit*.⁸⁷ De jce-deelnemer is vermoedelijk *niet* aansprakelijk voor het grondfeit: een ‘fundamenteally different act’ is een aliud; handeling noch gevolg daarvan komt voor rekening van de jce-deelnemer.⁸⁸ Om te voorkomen dat ook delictshandelingen die slechts op ondergeschikte punten afwijken in de weg staan aan de aansprakelijkheid voor het *kwalificerend gevolg*, kent zowel het vereiste Vorsatz als de geëiste foresight een toerekeningscomponent. Die component maakt dat de betreffende mens rea ook feitelijke dodingshandelingen kan omvatten die de samenwerkende actor zich niet heeft voorgesteld. Deze component probeer ik in kaart te brengen. Vervolgens spiegel ik de eisen van Vorsatz en foresight aan het globaal opzet op het delict dat wordt vereist van de medepleger. Ik zal ten slotte betogen dat het opzetvereiste in het Nederlandse stelsel zich niet zou moeten uitstrekken tot de feitelijke delictshandeling van de mededader.

3.4.2 Mittäterschaft en jce-aansprakelijkheid in het kader van *erfolgsqualifizierte Delikte* respectievelijk *constructive liability*

De Mittäter dient Vorsatz te hebben op de feitelijke delictshandeling van zijn mededader. Wanneer de mededader het slachtoffer om het leven brengt door het toebrengen van messteken, dan moet het Vorsatz van de Mittäter wel zijn gericht op die messteken (feitelijke delictshandeling) maar niet op het dodelijk gevolg daarvan (kwalificerend gevolg). Het Vorsatz kent een *psychische component*; de samenwerkende actor moet (de kwade kans op) X hebben ‘voorzien’ en ‘aanvaard’.⁸⁹ De psychische component zorgt in het Duitse stelsel voor hoofdbreken: de Mittäter zal zich immers niet altijd een precieze voorstelling hebben gemaakt van de feitelijke delictshandeling. Zo kan de mededader een enigszins ander wapen inzetten (een mes in plaats van een knuppel) of kan zijn handeling een reactie zijn op een onvoorziene wending in de delictsuitvoering (het slachtoffer verzet zich heviger dan verwacht). In die gevallen wordt de rechter in een lastige positie geplaatst: vastgesteld moet worden dat de Mittäter – die geen Vorsatz heeft op de ‘dood van het slachtoffer’ – Vorsatz heeft op de feitelijke ‘dodingshandeling’. Een al te strikte invulling van die eis zou de aansprakelijkheidsgrond van elke slagkracht ontdoen. Dat onwenselijke effect heeft er voor gezorgd dat het Vorsatz een toerekeningscomponent kent.

De *toerekeningscomponent* van Vorsatz blijkt bijvoorbeeld uit drie vaste

87 Zie het voorbeeld in paragraaf 3.3.3.3 van dit hoofdstuk.

88 De jce-deelnemer is wél strafbaar voor poging tot deelneming, gebaseerd op de vervullingswijze van het delict die de jce deelnemer voor ogen heeft gehad (anticipated offence). Daarover hoofdstuk 2, paragraaf 4.3.5.5.

89 Zo hoofdstuk 2, paragraaf 4.2.

toerekeningsregels die het BGH hanteert (*Exzessregeln*): een aan de voorstelling van de Mittäter ‘gelijkwaardige’ delictshandeling, een delictshandeling waartoe de Mittäter zich ‘onverschillig’ verhoudt en een delictshandeling die een ‘te verwachten afwijking’ vormt, worden in de regel omvat door het Vorsatz van de Mittäter.⁹⁰ Met laatstgenoemde toerekeningsregel verwordt Vorsatz strikt genomen tot culpa, maar mij is geen jurisprudentie bekend waarin het Vorsatz daadwerkelijk in deze ruime zin wordt toegepast.⁹¹ De Exzessregeln hebben met de fundamenteel different act-rule gemeen dat de toerekeningsregels telkens aanknopen bij de voorstellingen die de samenwerkende actor zich heeft gemaakt vóórdát de feitelijke delictshandeling werd verricht. Daarbij blijft het echter niet: het schuldverband wordt in het geldende recht in Duitsland ook wel geconstrueerd op basis van de omstandigheid dat de samenwerkende actor instemt met de delictshandeling nádat deze is verricht. Dat volgt klip en klaar uit de rechtspraak over *sukzessive Mittäterschaft*: de Mittäter blijkt aansprakelijk te kunnen worden gehouden voor een dodingshandeling waarop zijn Vorsatz aanvankelijk niet was gericht, op basis van het feit dat hij die handeling nadien goedkeurt (*dolus subsequens*) en hij daarvan profiteert.⁹² Op deze wijze wordt achteraf opgekomen Vorsatz geprojecteerd op de al verrichte delictshandeling. Die inhoudsbepaling gaat volledig voorbij aan het *tijdstip* waarop de psychische component van Vorsatz moet zijn vervuld – namelijk vóórdát de delictshandeling wordt verricht – en deze figuur wordt dan ook terecht afgewezen in de Duitse literatuur.⁹³ Bij sukzessive Mittäterschaft is het Vorsatz daadwerkelijk verworden tot een louter aansprakelijkheidsoordeel: het is redelijk de overschrijding van het Tatplan toe te rekenen aan de Mittäter die deze goedkeurt en van die overschrijding profiteert.

Tot slot heeft het ophangen van de aansprakelijkheid van de samenwerkende actor aan het schuldverband waarin hij staat tot de feitelijke delictshandeling van zijn mededader als consequentie dat de vaststelling daarvan niet zelden een *ondoorzichtig oordeel* is. Dat blijkt met name uit het Duitse recht. Zo zijn de overwegingen van het BGH in zaken waarin de Mittäter aansprakelijk wordt gehouden voor het gekwalificeerd gevolg vaak moeilijk te doorgronden: het Vorsatz van de Mittäter wordt wél geacht te zijn betrokken op de ‘dodingshandeling’ met een inherent dodingskarakter, maar kennelijk níet op het dodelijke ‘gevolg’ daarvan. In de literatuur wordt deze benadering treffend gekenschetst als een ‘halve toerekening’: wel de feitelijke delictshandeling, niet het inherente gevolg daarvan.⁹⁴ Deze halve toerekening is niet bevredigend te verklaren vanuit de hoge eisen die het BGH in algemene zin stelt – of stelde – aan de bewijsmotivering ten aanzien van voorwaardelijk dodingsopzet (*Hemmschwellentheorie*).⁹⁵ Op

90 Hoofdstuk 2, paragraaf 5.3.

91 Hoofdstuk 2, paragraaf 5.3.4-5.

92 Hoofdstuk 2, paragraaf 5.5.

93 Hoofdstuk 2, paragraaf 5.5.

94 Hoofdstuk 2, paragraaf 4.2.2.

95 Zie daarover hoofdstuk 2, paragraaf 4.2.2.

basis van dezelfde dodingshandeling blijkt het *Vorsatz* van de mededader immers doorgaans wél te zijn betrokken op de dood van het slachtoffer (hij is dan Täter van Totschlag of Mord). Het is aannemelijk dat de ondoorzichtige constructie van ‘halve toerekening’ een onwenselijk neveneffect is van het uitgangspunt dat de aansprakelijkheid voor een kwalificerend gevolg *Vorsatz* impliceert op de feitelijke dodingshandeling.

De eis van *Vorsatz* werkt kortom een uitdijende toerekeningscomponent in de hand: dat schuldverband moet immers worden vastgesteld om tot aansprakelijkheid te kunnen komen. De toerekeningscomponent dreigt de psychische component te verdringen. Daarmee ligt het gevaar op de loer dat de vaststelling van *Vorsatz* in wezen een aansprakelijkheidsoordeel is; aan de Mittäter wordt *Vorsatz* toegedicht, omdat het redelijk wordt gevonden het kwalificerend gevolg ook toe te rekenen aan de Mittäter. Dat gevaar is verwezenlijkt in de figuur sukzessive Mittäterschaft. Behalve een uitdijende toerekeningscomponent blijkt in de tweede plaats dat de vaststelling van het schuldverband in het Duitse recht vaak moeilijk te doorgronden is.

In het Duitse stelsel hebben de toerekeningsregels als doel het bereik van *Vorsatz* te verruimen, zodat dit *Vorsatz* de feitelijke delictshandeling omvat. In het Engels stelsel is gekozen voor een andere insteek: voor het vereiste foresight volstaat dat de *jce-deelnemer* een bepaald *aspect* van de feitelijke delictshandeling heeft voorzien, te weten de *mate van levensgevaar* die door deze handeling in het leven wordt geroepen.⁹⁶ Er mag geen wezenlijk verschil bestaan tussen het levensgevaar dat kleeft aan de begane onderscheidenlijk door de *jce-deelnemer* (als kwade kans) voorziene delictshandeling (‘fundamentally different act-rule’).⁹⁷ De normatieve component komt in geval van *jce-aansprakelijkheid* tot uitdrukking in de keuze voor het ‘foresight-object’: het ‘voorzien’ slaat alleen op de ‘mate van gevaarstelling’. Het Engelse recht kent (nog) geen tegenhanger van successieve deelneming, maar in de literatuur wordt geconstateerd dat het Engelse recht zich vermoedelijk wel in die richting beweegt.⁹⁸

3.4.3 Medeplegen

Het is moeilijk vast te stellen hoe het geldende recht ten aanzien van het opzet van de medepleger bij doleuze gevolgsdelicten en door het gevolg gekwalificeerde delicten zich precies verhoudt tot het hiervoor beschrevene. Duidelijk is dat ook het opzet van de medepleger een toerekeningscomponent kent. Deze toerekeningscomponent verschilt enigszins van die van het *Vorsatz*.

In de eerste plaats is niet uitdrukkelijk vereist dat het opzet van de medepleger is gericht op alle aspecten van de feitelijke delictshandeling van zijn

96 Met de ‘mate van levensgevaar’ sluit ik aan bij de interpretatie van de fundamentally different act-rule in de beslissing van de Court of Appeal in *Mendez and Thompson* [2010], EWCA Crim 516, [2011] 1 Cr App R 10. Die beslissing wordt besproken in hoofdstuk 3, paragraaf 4.3.5.3.

97 Daarover hoofdstuk 3, paragraaf 4.3.5.

98 Hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.2.1.

mededader, bij doleuze gevolgsdelicten noch bij door het gevolg gekwalificeerde delicten. Het is standaardjurisprudentie dat de ‘precieze gedragingen van de mededader’ zich onttrekken aan de opzeteis (*globaal opzet*).⁹⁹ Die benadering verschilt van de Duitse, waarin het Vorsatz van de Mittäter bij een door het gevolg gekwalificeerd delict uitdrukkelijk is gericht op de feitelijke handeling. Ondanks dat verschil is het resultaat min of meer hetzelfde: de inkleuring van ‘opzet’ (globaal opzet) respectievelijk ‘Vorsatz’ (Exzessregeln) maakt dat het schuldverband niet wordt aangetast door ondergeschikte verschillen tussen de voorstelling die de samenwerkende actor zich heeft gemaakt van de uitvoering van het delict, en de uitvoering daarvan door de mededader.

In de tweede plaats kent het Nederlandse recht geen materieelrechtelijke tegenhanger van *sukzessive Mittäterschaft*: het achteraf goedkeuren van de handelwijze van de mededader levert materieelrechtelijk geen ‘opzet’ op. Die goedkeuring wordt enkel bij de bewijsvoering gebruikt als aanwijzing dat de medepleger vóóraf opzet heeft gehad op het begane delict.¹⁰⁰ Meestal wordt in de rechtspraak voor het bewijs van opzet aangeknoopt bij de voorstellingen die de medepleger zich heeft gemaakt *voordat* de delictshandeling is verricht. Dit opzet bleek dan vaak te worden afgeleid uit de omstandigheid dat de medepleger de bewuste en nauwe samenwerking voortzet bij aanwezigheid van de kwade kans dat zijn mededader het delictsgevolg zal veroorzaken. De kritiek op dit standaardprocedé bleek te zijn dat daarmee onvoldoende recht wordt gedaan aan de psychische component van opzet (de ‘welbewuste aanvaarding’ van die aanmerkelijke kans): het voortzetten van de samenwerking bij aanwezigheid van de kwade kans op een delictsgevolg kan evengoed duiden op culpa ten aanzien van dat gevolg of enkel een causaal verband tussen de samenwerking en dat gevolg.¹⁰¹ Ook deze praktijk bewerkstelligt ongeveer hetzelfde als *sukzessive Mittäterschaft*: in beide gevallen wordt onvoldoende recht gedaan aan de psychische component van het delictsoptzet; bij medeplegen door de lage eisen die worden gesteld aan het bewijs daarvan, bij *sukzessive Mittäterschaft* door de oneigenlijke invulling (goedkeuring achteraf) die wordt gegeven aan die psychische component.

In algemene zin is het grootste verschil tussen de Duitse en Nederlandse rechtspraktijk misschien wel gelegen in de *explicitering* van die toerekeningscomponent:

⁹⁹ Hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.2.

¹⁰⁰ Hoofdstuk 1, paragraaf 5.5.2. In de feitenrechtspraak lijkt de aansprakelijkheid van de medepleger soms overigens in weinig te verschillen van *sukzessive Mittäterschaft*: zo leidde het hof uit de omstandigheid dat de verdachte zich ‘niet heeft gedistantieerd van de geweldpleging’ af dat hij zich ‘heeft geschaard achter de geweldpleging’ die daarvoor was begaan door de mededader, en dat ‘derhalve sprake is van het medeplegen hiervan’. Deze overweging van het hof Arnhem wordt weergegeven in HR 20 november 2012, LJN BY0267, NJ 2012, 677. De Hoge Raad casceerde. Zie voor een soortgelijke overweging, in dit geval in een veroordelend arrest van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba: HR 16 december 2008, LJN BG 2139. Deze zaak deed de Hoge Raad af op basis van art. 81 RO.

¹⁰¹ Hoofdstuk 1, paragraaf 5.5.2.

met de Exzessregeln en de figuur sukzessive Mittäterschaft toont de Duitse rechtspraak dát het Vorsatzoordeel een toerekeningsaspect kent. Het ‘globaal opzet’ en het standaardprocedé ter vaststelling van voorwaardelijk delictsoptzet, bevatten ontegenzeggelijk toerekeningsaspecten. Die component wordt echter nergens uitdrukkelijk onder woorden gebracht. Daardoor is het moeilijk grip te krijgen op de inhoud van deze component. Welbeschouwd lijdt de aansprakelijkheidsgrond medeplegen aan dezelfde kwaal als Mittäterschaft: het opzet kent een ruim bemeten toerekeningscomponent, terwijl het opzetoordeel ondoorzichtig is.

Het bovenstaande laat zien dat wanneer de eis zou worden gesteld dat het opzet van de medepleger is gericht op de feitelijke delictshandeling van zijn mededader, dit in de rechtspraktijk belangrijke neveneffecten heeft: de aansprakelijkheidsgrond behoudt alleen slagkracht als dat opzet wordt verruimd door middel van een toerekeningscomponent. Het opzetoordeel kan dan in feite een toerekeningsoordeel zijn: het is redelijk om het door de mededader veroorzaakte (kwalificerende) gevolg ook voor rekening te brengen van de medepleger, dus wordt het vereiste delictsoptzet bewezenverklaard. Het stellen van deze opzeteis werkt in de praktijk dus een oneigenlijke invulling in de hand. Die consequentie levert een zwaarwegende reden op om de feitelijke delictshandeling zo mogelijk *buiten* het delictsoptzet te houden. Het delictsoptzet van de medepleger kan dan beperkt blijven tot de gesubjectieerde delictsbestanddelen.¹⁰²

3.5 Tweede aansprakelijkheidsmodel: wel causaliteit, geen schuldverband ten aanzien van feitelijke delictshandeling

3.5.1 Inleiding

In het kader van het eerste aansprakelijkheidsmodel bleek de toerekening van de feitelijke delictshandeling bij Mittäterschaft en jce-aansprakelijkheid te worden beïnvloed door de plaats die de handeling inneemt in de bijzondere delictsommschrijving; de aard van het door het gevolg gekwalificeerde delict maakt dat de feitelijke delictshandeling niet alleen in causaal verband moet staan tot de samenwerking, ook dient het schuldverband van de samenwerkende actor te zijn betrokken op die handeling. Ook in het tweede aansprakelijkheidsmodel is de precieze maatstaf voor toerekening van de feitelijke delictshandeling aan de samenwerkende actor, mede afhankelijk van de betekenis die de feitelijke delictshandeling heeft in het licht van de delictsommschrijving. Het tweede aansprakelijkheidsmodel komt allereerst tot uitdrukking in de rechtspraak van het BGH: in de eerste plaats in het kader van Mittäterschaft met betrekking tot doleuze gevolgsdelicten, in de tweede plaats in de sleutel van de afwijkende jurisprudentiële lijn over het Mittäterschaft ten aanzien van Körperverletzung mit Todesfolge. Buiten de rechtspraak van het BGH komt het tweede aansprakelijkheidsmodel naar voren in de minderheidsopvattingen van Knigge

102 Uitgebreider daarover paragraaf 3.6.4.

en Reijntjes over medeplegen.

Het kernverschil met het eerste aansprakelijkheidsmodel is dat de *feitelijke delictshandeling* geen deel uitmaakt van het *schuldverband*. Net als in het eerste model wordt in het tweede vereist dat de feitelijke delictshandeling ten minste in causaliteitsverband staat tot de samenwerking. In de benaderingen van het BGH en Knigge heeft de samenwerkende actor bovendien het door de delictsomschrijving vereiste opzet op *delictsbestanddelen*. Ook in dat opzicht beantwoorden deze zienswijzen aan het eerste model. Dat opzet wordt niet geëist door Reijntjes. Alleen diens opvatting verschilt ook op dát punt van het eerste model. De aandacht wordt hieronder gericht op de genoemde zienswijzen die worden gerekend tot het tweede aansprakelijkheidsmodel.

3.5.2 Rechtspraak van het BGH

Uit de zaak *NStZ-RR 2006*, 38¹⁰³ blijkt treffend dat de feitelijke delictshandeling buiten het schuldverband van de *Mittäter* mag vallen, wanneer deze samenwerkende actor aansprakelijk wordt gehouden voor een *doleus gevolgsdelict*. In de bewuste strafzaak had de *Mittäter* zich enkel voorgesteld dat de mededader het slachtoffer zou mishandelen door middel van een ‘vuistslag’. Daarmee strekt zijn *Vorsatz* zich uit tot *Körperverletzung*. In plaats van de vuistslag bracht die mededader het slachtoffer onverwacht een ‘messnee’ toe, die een ‘litteken’ veroorzaakte in het gezicht van het slachtoffer (kwalificerend gevolg van *Körperverletzung*; *schwere Körperverletzung*). Het BGH maakte duidelijk dat de *Mittäter* niet aansprakelijk was voor dat kwalificerend gevolg van *Körperverletzung*; de ‘messnee’ werd niet omvat door het *Vorsatz* van de *Mittäter*, waardoor aansprakelijkheid voor het daardoor verwezenlijkte kwalificerend gevolg niet in beeld komt. Het BGH achtte het wél mogelijk de *Mittäter* aansprakelijk te houden voor ‘*Körperverletzung*’. Dat is opmerkelijk, want ‘vuistslag’ noch ‘vuistslagletsel’ is gerealiseerd. De strafbaarheid rust dan ook op een juridische fictie: die slag en dat letsel liggen besloten (‘Minus’) in de verwezenlijking van de ‘messnee’ en het ‘messneletsel’ (‘Plus’). Deze beslissing laat onder meer zien dat de feitelijke delictshandeling van de mededader dus deels – het ‘Plus-deel’ – buiten het schuldverband mag vallen, indien de *Mittäter* *Vorsatz* heeft op het delictsgevolg. Klaarblijkelijk stond de *Körperverletzung* daarbij ook in causaal verband tot de samenwerking.

Het tweede aansprakelijkheidsmodel komt ook naar voren in de *afwijkende jurisprudentiële lijn* die het BGH heeft ontwikkeld in de context van het door het gevolg gekwalificeerde delict *Körperverletzung mit Todesfolge*.¹⁰⁴ In de heersende rechtspraak bleek te zijn vereist dat de *Mittäter* naast *Vorsatz* ten aanzien van het grondfeit (*Körperverletzung*), ook *Vorsatz* heeft op de feitelijke delictshandeling van zijn mededader die het kwalificerend gevolg heeft veroorzaakt.¹⁰⁵ De laatste eis geeft een subjectieve invulling aan de ‘tatbestandstypische Gefahrzusammenhang’

103 BGH 5 november 2005, *NStZ-RR 2006*, 38.

104 Hoofdstuk 2, paragraaf 5.7.

105 Daarover paragraaf 3.4.2 van dit hoofdstuk.

die moet bestaan tussen grondfeit en kwalificerend gevolg. In de afwijkende jurisprudentiële lijn handhaaft het BGH de eis van *Vorsatz* op het grondfeit, maar verlaat hij het uitgangspunt van *Vorsatz* op de feitelijke dodingshandeling van de mededader. Dat dit uitgangspunt de rug wordt toegekeerd, biedt de mogelijkheid om de *Mittäter* aansprakelijk te houden voor plotselinge geweldsescalaties, onvoorziene dodingshandelingen die buiten diens *Vorsatz* vallen. In plaats van de eis van *Vorsatz* te stellen, geeft het BGH een objectieve invulling aan de tatbestandstypische *Gefahrzusammenhang*: schept de gezamenlijke uitvoering van het Tatplan een gevaar op dodelijke escalatie, dan is voldaan aan het door de delictsomschrijving vereiste specifieke levensgevaar.¹⁰⁶ Het in concreto gebleken ‘gevaar op een dodelijke escalatie’ kan dus in de plaats treden van de ‘feitelijke dodingshandeling’, als aanknopingspunt voor het specifieke gevaar dat is geschapen op intrede van het dodelijke gevolg. Dit vooronderstelt wel het bestaan van een causaal verband tussen de samenwerking en de feitelijke dodingshandeling van de mededader.

Het voorgaande toont, zoals al eerder is aangegeven, dat het eerste en tweede aansprakelijkheidsmodel complementair zijn in de rechtspraak van het BGH. Bij *Mittäterschaft* ten aanzien van door het gevolg gekwalificeerde delicten wordt buiten causaliteit tussen samenwerking en feitelijke delictshandeling als hoofdregel *Vorsatz* geëist op de feitelijke dodingshandeling (eerste model). Die hoofdregel kent inmiddels uitzonderingen, getuige de afwijkende jurisprudentiële lijn. Dat het tweede model bij uitzondering naar voren komt bij *Körperverletzung mit Todesfolge*, heeft vermoedelijk te maken met de wens tot aanvaardbare uitkomsten te komen: bij escalerend geweld is het soms een te grote bewijsrechtelijke krachttoer om aan te tonen dat de *Mittäter* *Vorsatz* heeft gehad op de feitelijke dodingshandeling, terwijl het toch redelijk wordt gevonden om de *Mittäter* aansprakelijk te houden voor het kwalificerend gevolg.¹⁰⁷ Met het oog daarop lijkt het BGH de lat lager te leggen door te eisen dat de feitelijke dodingshandeling en het kwalificerend gevolg daarvan ‘slechts’ de realisering zijn van het specifieke levensgevaar dat is gecreëerd door de samenwerking (tweede model). Dit tweede model spreekt ook uit jurisprudentie die betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de *Mittäter* voor een *doleus delict*.

3.5.3 Knigges benadering van medeplegen¹⁰⁸

In hoofdstuk 1 is gebleken dat Knigge van oordeel lijkt te zijn dat de medepleger alleen aansprakelijk kan zijn voor een door zijn mededader begaan delict, wanneer de *feitelijke delictshandeling* kan worden toegerekend aan de medepleger en de medepleger zelf voldoet aan het door de delictsomschrijving vereiste *schuldverband*.¹⁰⁹ Het gaat mij hier louter om het eerste: onder welke voorwaarden

106 Zie Hoofdstuk 2, paragraaf 5.7, in het bijzonder 5.7.3.

107 Meer over de notie van deze ‘aansprakelijkheid voor het geheel’ in paragraaf 3.2.

108 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 4.3.4 (medeplegen van het grondfeit) jo. 3.3.5.5 (medeplegen en kwalificerende omstandigheden).

109 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 4.3.4.

kan de handeling worden toegerekend aan de medepleger?

Voor de beantwoording van die vraag neemt Knigge als startpunt de strafrechtelijke betekenis die de feitelijke delictshandeling heeft in het licht van het betreffende delict. Voor Knigge maakt het namelijk verschil of de handeling een strafbepalend bestanddeel of een kwalificerende omstandigheid vervult. De relevantie van dit onderscheid ontleent Knigge aan de wetsgeschiedenis van medeplegen.¹¹⁰ De wetgever zou pleger en medepleger enkel hebben gelijkgesteld ten aanzien van de aansprakelijkheid voor *strafbepalende bestanddelen*. De bewuste en nauwe samenwerking heeft om die reden slechts betrekking op de vervulling van deze bestanddelen. Dit beïnvloedt de voorwaarde die wordt gesteld aan de bedoelde toerekening: is aansprakelijkheid voor bijvoorbeeld de ‘levensberoving van een ander’ in het geding (strafbepalende bestanddelen van doodslag), dan mag de feitelijke dodingshandeling van de mededader enkel worden toegerekend aan de medepleger als die handeling *binnen* het kader van de samenwerking valt.¹¹¹ Daarentegen berust de aansprakelijkheid voor *kwalificerende omstandigheden* volgens Knigge op een ruimere grondslag. Draait het in het kader van diefstal om de aansprakelijkheid voor ‘geweld’ (kwalificerende omstandigheid), dan is de medepleger ook verantwoordelijk voor de feitelijke geweldshandeling, wanneer die handeling *enigszins buiten* het samenwerkingskader valt. In dat geval moet volgens Knigge worden bepaald of de geweldshandeling redelijkerwijs mag worden toegerekend aan de medepleger.¹¹² De zienswijze van Knigge leidt ertoe dat een door de mededader verrichte ‘messteek’ die ‘enigszins buiten’ het samenwerkingskader valt, wél voor rekening komt van de medepleger als deze aansprakelijk wordt gehouden voor diefstal met ‘geweld’ (kwalificerende omstandigheid), maar níet als deze bij aanwezigheid van dodingsopzet wordt vervolgd voor ‘doodslag’ (strafbepalende bestanddelen).

In de benadering van Knigge wordt eerst gezien welke plaats de feitelijke delictshandeling inneemt in de bijzondere delictsomschrijving; vervult deze een strafbepalend bestanddeel of een kwalificerende omstandigheid? Daarvan hangt af onder welk *criterium* – de omvang van het samenwerkingskader dan wel de redelijke toerekening – de medepleger verantwoordelijk is voor die handeling van zijn mededader. De consequentie is dat het criterium waaronder medeplegers wederzijds verantwoordelijk zijn voor elkaars delictshandelingen een *veranderlijke* inhoud krijgt. In hoofdstuk 1 kwam al naar voren dat ik de wetsgeschiedenis van medeplegen anders interpreteer. Daaruit kan volgens mij louter worden opgemaakt dat de wetgever kwalificerende omstandigheden heeft willen objectiveren voor de medepleger, en niet dat hij in dat verband andere voorwaarden beoogde te stellen aan de verantwoordelijkheid voor de feitelijke

110 Zie over die wetsgeschiedenis hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.5.2.

111 De precieze omvang die Knigge beoogt te geven aan dit samenwerkingskader, kan hier in het midden blijven. Ik vermoed dat deze niet wezenlijk verschilt van de reikwijdte die aan de samenwerking wordt gegeven met behulp van de begrippen ‘gezamenlijke gevaarzetting’ en ‘gevaarverwezenlijking’.

112 Meer hierover in hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.5.5 (medeplegen en kwalificerende omstandigheden).

delictshandeling dan in geval van strafbepalende bestanddelen.¹¹³

Ik zou willen verdedigen dat de verantwoordelijkheid van de medepleger voor de feitelijke delictshandeling in alle gevallen een *causaliteitsoordeel* is – in soortgelijk opzicht als de redelijke toerekening die Knigge bij de aansprakelijkheid voor kwalificerende omstandigheden op het oog heeft¹¹⁴ – ongeacht de strafrechtelijke kwalificatie van die handeling. Zowel bij de vervulling van bestanddelen als omstandigheden draait het in de kern immers om de vraag of de feitelijke handeling is bewerkstelligd door de pleger of de medeplegers. De fysieke pleger bewerkstelligt die handeling doordat hij directe macht heeft over het verrichten daarvan.¹¹⁵ Bij functioneel plegen en medeplegen is sprake van een indirecte machtsrelatie: de feitelijke delictshandeling kan worden toegerekend aan de functionele pleger onderscheidenlijk de medepleger, wanneer die handeling in causaal verband staat met het eigen doen of nalaten (functioneel plegen) of de bewuste en nauwe samenwerking (medeplegen).¹¹⁶ In geval van medeplegen bleek die samenwerking te kunnen worden geduid in termen van gezamenlijke gevaarstelling. Die gevaarstelling is gebaseerd op het ‘gezamenlijk plan’ – over de invulling waarvan de samenwerkende actoren gezamenlijk macht hebben uitgeoefend – en ‘begeleidende gevaren’ (gevaren die kleven aan de uitvoering van dat plan).¹¹⁷ De vaststelling van verantwoordelijkheid voor de feitelijke delictshandeling gaat vooraf aan het bepalen van de aansprakelijkheid voor het delict dat daardoor is verwezenlijkt: de vraag *of* de feitelijke delictshandeling kan worden toegerekend aan de medepleger gaat vooraf aan de vraag *waarvoor* – strafbepalend bestanddeel of kwalificerende omstandigheid – hij strafrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden. In afwijking van Knigge is het antwoord op de vraag of de ‘messteek’ van de mededader mag worden toegerekend aan de medepleger, in mijn optiek louter afhankelijk van het verband waarin die handeling staat tot de *samenwerking*: geldt de messteek als gevolg van de samenwerking, dan mag deze als uitvoeringshandeling daarvan voor rekening worden gebracht van de medepleger. De omstandigheid dat de wetgever pleger en medepleger niet heeft willen gelijkstellen wat betreft de aansprakelijkheid voor kwalificerende omstandigheden, kan tot uitdrukking worden gebracht in het te eisen *opzet* van de medepleger. In lijn met de wetsgeschiedenis zou het uitgangspunt moeten zijn dat de medepleger geen opzet hoeft te hebben op een kwalificerende omstandigheid.¹¹⁸

113 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.5.2.

114 Mogelijk stelt Knigge een enigszins hogere eis bij de verantwoordelijkheid voor een feitelijke delictshandeling die een *strafbepalend bestanddeel* vervult. Het gaat mij hier echter vooral om het punt dat de causaliteitsmaatstaf beslissend zou moeten zijn, ongeacht of de handeling een bestanddeel of kwalificerende omstandigheid vervult.

115 Daarover paragraaf 3.3.2.3 jo. 2.2 van dit hoofdstuk.

116 Zie paragraaf 3.3.2.3 jo. 2.2 van dit hoofdstuk.

117 Nader in kaart gebracht in paragraaf 3.3.2.3.

118 Dit uitgangspunt zou in mijn ogen moeten gelden voor de objectieve kwalificerende omstandigheden die zijn genoemd in art. 311 lid 1 Sr. Anders dan de wetgever in 1886 meen ik dat het opzet van de medepleger wél moet zijn betrokken op ‘geweld’ in de zin van art. 312 Sr. Zie hierover paragraaf

Op deze plaats zij alvast opgemerkt dat de gezamenlijke gevaarzetting niet delictsonafhankelijk is. Medeplegen heeft immers betrekking op het begaan van een delict. Net als Knigge doet, neem ook ik de delictsomschrijving als startpunt. In mijn optiek is de plaats die de feitelijke delictshandeling heeft in de delictsomschrijving echter niet van invloed op het *criterium* waaronder de medepleger verantwoordelijk is voor die handeling. De delictsomschrijving *selecteert* enkel de relevante handelingen die in aanmerking komen voor wederzijdse toerekening tussen medeplegers. Die door de delictsomschrijving geselecteerde handeling – de feitelijke *delictshandeling* – moet de verwezenlijking zijn van gezamenlijk in het leven geroepen gevaren. Daarmee beïnvloedt de delictsomschrijving indirect welke ‘gevaren’ strafrechtelijk relevant zijn. Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Stel dat de mededader het slachtoffer een dodelijke ‘messteek’ toebrengt. Het delict waarop het medeplegen betrekking heeft – bijvoorbeeld ‘diefstal met geweld’ of ‘doodslag’ – selecteert welke handelingen van de mededader strafrechtelijk relevant zijn. De ‘messteek’ is in beide gevallen betekenisvol.¹¹⁹ Verwezenlijkt die messteek een gevaar dat gezamenlijk in het leven is geroepen, dan kan die handeling worden toegerekend aan de medepleger.¹²⁰ Staat die medepleger daarnaast in het vereiste schuldverband tot het aan hem tenlastegelegde strafbaar feit – het derde deel van de drietrapsraket – dan is hij daarvoor als medepleger aansprakelijk.

3.5.4 Reijntjes’ benadering van medeplegen

Ten slotte kan ook de visie van Reijntjes worden gerekend tot het tweede aansprakelijkheidsmodel: de samenwerkende actor staat niet in schuldverband tot de feitelijke delictshandeling van zijn mededader, maar die handeling staat ten minste in causaliteitsverband tot de samenwerking.

Net als Knigge baseert ook Reijntjes zijn visie in hoge mate op de wetsgeschiedenis van medeplegen.¹²¹ De auteur ontvouwt zijn zienswijze aan de hand van een specifieke situatie: een casus waarin de dood van het slachtoffer wel een voorzienbaar gevolg is van het gedrag van de medepleger, maar de medepleger geen dodingsopzet heeft. Volgens Reijntjes heeft de wetgever waarschijnlijk de bedoeling gehad om een medepleger in een dergelijk geval aansprakelijk te houden voor de *dood* van het slachtoffer. De aansprakelijkheid van de medepleger voor een door het gevolg gekwalificeerd delict is volgens de auteur te begrijpen tegen de achtergrond van die wetsgeschiedenis: het geobjectiveerde gevolg komt voor rekening van de medepleger als dit het voorzienbare gevolg is van het optreden van de medeplegers. Het opzet van de medepleger hoeft enkel

3.6.4.2.

119 De ‘messteek’ zou vanzelfsprekend irrelevant zijn in de context van bijvoorbeeld het medeplegen van huisvredebreuk (art. 138 Sr).

120 In de benadering van Knigge is niet op voorhand te zeggen aan de hand van welke maatstaf moet worden bepaald of de medepleger verantwoordelijk is voor die ‘messteek’. Dat hangt ervan af of die handeling een strafbepalend bestanddeel of kwalificerende omstandigheid vervult.

121 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.5.4 (medeplegen en kwalificerende omstandigheden) jo. 3.4.2.2 (samenhangende delicten).

te zijn betrokken op het grondfeit. Dit is in overeenstemming met de heersende opvatting. Verrassender is dat Reijntjes voorstaat dit aansprakelijkheidskader op overeenkomstige wijze toe te passen op *doleuze gevolgsdelicten*. Reijntjes licht dat toe aan de hand van het volgende voorbeeld.

Stel dat twee medeplegers gezamenlijk opzet hebben op een inbraak. De medepleger weet dat zijn mededader tijdens de uitvoering daarvan een mes bij zich draagt, maar hij heeft geen opzet op het gebruik daarvan. In het kader van de inbraak doodt de mededader desondanks de bewoner met behulp van dat mes. Die mededader begaat daarmee een gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr).

De vooronderstelling van Reijntjes is dat de wetgever de medepleger in een casus als deze aansprakelijk achtte voor de dood van het slachtoffer. De moeilijkheid is op welke wijze die aansprakelijkheid dogmatisch vorm moet krijgen. De medepleger heeft immers niet het voor (gekwalficeerde) doodslag vereiste dodingsopzet. Zelfs mishandelingsopzet ontbreekt aan de zijde van de medepleger, waardoor de dood van het slachtoffer evenmin als geobjectiveerd gevolg van mishandeling voor rekening kan worden gebracht van de medepleger. Volgens de schrijver is er in een casus als deze sprake van een lacune in het wettelijke systeem: de bewustheid van de aanwezigheid van het mes maakt de feitelijke delictshandeling en het dodelijke gevolg daarvan objectief voorzienbaar (de wetgever wilde dus aansprakelijkheid), maar aan de eis van opzet op het aanwenden van geweld – bijvoorbeeld in de vorm van ‘mishandeling’ (art. 300 Sr) of ‘levensberoving’ (art. 288 Sr) – kan alleen worden voldaan als de opzeteis wordt uitgedaald. Daartegen heeft Reijntjes bezwaar. Toch past het volgens Reijntjes bij de wettelijke regeling om in dat geval ook de medepleger aansprakelijk te houden voor gekwalificeerde doodslag ook al, en dat is het opmerkelijke punt, is diens opzet niet betrokken geweest op de dood van het slachtoffer. Volgens Reijntjes zou enkel voldaan moeten zijn aan twee vereisten: er is sprake van ‘bewuste en nauwe samenwerking’ en de dood van het slachtoffer staat in ‘causaal verband’ tot die samenwerking.¹²² Daarmee geldt voor medeplegen een ander schuldverband dan voor plegen: de pleger is enkel aansprakelijk voor gekwalificeerde doodslag als zijn opzet op dat gevolg is betrokken, dat gevolg is voor de medepleger *geobjectiveerd*.

Reijntjes uiteenzetting bevestigt het beeld dat is gerezen uit de rechtsvergelijking: het wordt in de heersende opvattingen al snel redelijk gevonden om de samenwerkende actor verantwoordelijk te houden voor een

¹²² Reijntjes stelt hiermee een verklaring te geven van de rechtspraktijk, waarin het voorwaardelijk dodingsopzet van de medepleger in dergelijke gevallen wordt ‘geconstrueerd’ (Reijntjes 2007, p. 408). In werkelijkheid wordt de medepleger aansprakelijk gehouden voor ‘voorzienbare gevolgen’ van de samenwerking. De auteur wil met zijn opvatting een dogmatische vertaling geven van de reikwijdte die medeplegen heeft in de rechtspraak. Die jurisprudentie is volgens Reijntjes gerechtvaardigd tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis, waaruit dus zou volgen dat de wetgever aansprakelijkheid heeft gewild waar de dood van een slachtoffer een voorzienbaar gevolg is van de samenwerking.

door de mededader veroorzaakt dodelijk gevolg.¹²³ Het in rekening brengen van een levensdelict op basis van de omstandigheid dat dit een geobjectiveerd gevolg is van de samenwerking waarin de medepleger participeert, gaat echter een forse stap verder dan gebruikelijk is. De zienswijze van Reijntjes past naadloos bij de ‘objective probable consequence test’, de voorloper van de subjectieve ‘foresight-test’ in de context van de joint criminal enterprise: de medepleger is aansprakelijk voor ‘probable consequences’ van de bewuste en nauwe samenwerking.¹²⁴ Dit geobjectiveerd toerekenen van een opzettelijk mist een deugdelijke strafrechtelijke grondslag. Medeplegen is een verschijningsvorm van plegen, en om die reden is het door de delictsomschrijving vereiste schuldverband ook maatgevend voor de medepleger.¹²⁵ Alleen dan is sprake van ‘parity of culpability’ tussen pleger en medepleger.¹²⁶ In paragraaf 3.6 zal blijken dat een werkbare tussenoplossing mogelijk is, waarin én wordt tegemoetgekomen aan het heersende rechtsgevoel ten aanzien van de aansprakelijkheid voor een dodelijk gevolg én een genuanceerd schuldverwijt kan worden gemaakt aan de medepleger.

3.6 Algemeen aansprakelijkheidsmodel voor medeplegen

3.6.1 Inleiding

In deze paragraaf zal ik verdedigen dat winst geboekt kan worden door de aansprakelijkheid van de medepleger te benaderen vanuit de drietrapsraket die hiervoor onder de aandacht is gebracht – samenwerking, causaliteit en schuldverband – in die zin dat elk deel van die drietrapsraket een zelfstandige factor vormt voor de bepaling van het aansprakelijkheidsbereik van de medepleger. Deze begrippen zouden daarmee de bouwstenen moeten vormen van een *algemeen* aansprakelijkheidsmodel voor medeplegen, welk model de verantwoordelijkheid van de medepleger normeert voor niet alleen doleuze delicten, maar ook culpoze strafbare feiten en overtredingen. Hieronder ligt de nadruk op het medeplegen van doleuze delicten.

In paragraaf 3.6.2 licht ik dit algemene aansprakelijkheidsmodel nader toe, en plaats ik dat in perspectief: hoe verhoudt dit model zich tot de aansprakelijkheidsmodellen die hiervoor zijn beschreven? In de paragrafen 3.6.3 en 3.6.4 geef ik nader uitwerking aan de drie delen van de drietrapsraket. Het door mij verdedigde aansprakelijkheidsmodel zal ik toepassen op een aantal casus die in de voorgaande hoofdstukken naar voren zijn gekomen.

3.6.2 Plaatsbepaling

Hoe verhoudt deze drietrapsraket zich tot de heersende opvatting over medeplegen? Buiten het bestaan van een ‘bewuste en nauwe samenwerking’,

123 Als geconstateerd in paragraaf 3.2 van dit slothoofdstuk.

124 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.2.2.

125 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.

126 Vgl. hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.1.

wordt in de heersende zienswijze de eis gesteld dat de medeplegers elk voldoen aan het ‘schuldverband’ dat door de delictsomschrijving wordt vereist.¹²⁷ Die laatste eis lijkt in het geldende recht betrekking te hebben op het medeplegerscollectief: alle medeplegers zijn aansprakelijk voor hetzelfde delict.¹²⁸ Met het oog op het medeplegen van een opzetdelict is de heersende opvatting in de literatuur dat het opzet van de medeplegers *enigszins* mag uiteenlopen. In die visie kan sprake zijn van medeplegen wanneer de medepleger mishandelingsopzet en zijn mededader dodingsopzet heeft; elk wordt naar eigen delictsoptzet gekwalificeerd.¹²⁹ Daarmee is het uitgangspunt in literatuur en rechtspraak dat een (soort)gelijk schuldverwijt moet kunnen worden gemaakt aan de medeplegers.

In het door mij verdedigde algemene model voor medeplegen wordt ook geëist dat medeplegers ‘bewust en nauw samenwerken’. Het kernverschil met de heersende opvatting is daarin gelegen dat medeplegen in mijn optiek geen (soort)gelijk schuldverband vooronderstelt. Uiteenlopend delictsoptzet tussen medeplegers staat in mijn ogen op zichzelf niet in de weg aan de aanwezigheid van medeplegen.¹³⁰ De aansprakelijkheidsgrond begrijp ik als het gezamenlijk scheppen van een gevaar dat een strafrechtelijk relevant voorval plaatsvindt, op basis waarvan ten minste een van de actoren strafrechtelijk aansprakelijk is.¹³¹ In geval van het medeplegen van een voltooid opzetdelict betekent dit dat de feitelijke delictshandeling de verwezenlijking is van het gevaar dat gezamenlijk is geschapen, en dat het delictsoptzet alleen van betekenis is voor de eigen aansprakelijkheid. Daarmee wordt aan medeplegen een meer objectieve invulling gegeven: het wederzijds toerekenen van een feitelijke delictshandeling berust op de gezamenlijke veroorzaking van die handeling, niet op het bestaan van een soortgelijk schuldverband ten aanzien van een delict. In veel gevallen zal de gezamenlijke gevaarzetting kunnen worden afgeleid uit de aanwezigheid van gezamenlijk opzet op een delict; is het gezamenlijk plan gericht op zware mishandeling van het slachtoffer, dan is sprake van gezamenlijk opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Dit impliceert dat de gezamenlijke gevaarzetting zich uitstrekt tot de feitelijke delictshandeling van dat delict. Gezamenlijk delictsoptzet is in mijn ogen echter geen noodzakelijke voorwaarde voor medeplegen.

Het benaderen van medeplegen als gezamenlijke gevaarzetting heeft in ieder

127 Hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.1.

128 Zie daarover paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk.

129 Hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.2.

130 Hierover paragraaf 3.6.4.4.

131 Dit voorval kan bestaan in een voltooid delict, maar bijvoorbeeld ook in een strafbare poging (art. 45 Sr) of voorbereiding (art. 46 Sr) dan wel een poging tot deelneming (art. 46a Sr). Theoretisch is denkbaar dat sprake is van een alleenstaande medepleger: naast de medepleger staat geen strafbare handlanger. Die figuur is in het verleden verdedigd door Pompe. Zijn standpunt onderschrijf ik (zie hierover Postma 2009). Het thema van de alleenstaande medepleger laat ik verder liggen. In de casus die voor dit proefschrift relevant zijn, is de mededader juist voortrekker in het kwaad.

geval twee consequenties.

De eerste is dat *causaliteit* uitdrukkelijk wordt gepresenteerd als een zelfstandige factor in het aansprakelijkheidsmodel. In mijn ogen moet het over en weer toerekenen van feitelijke delictshandelingen tussen medeplegers worden genormeerd door de eerste twee delen van de drietrapsraket: samenwerking en causaliteit. Is sprake van bedoeld causaliteitsverband, dan mag de feitelijke delictshandeling gelden als een uitvoeringshandeling van de samenwerking, waarvoor elke medepleger verantwoordelijk is. Deze causaliteitseis ligt ook besloten in de heersende opvatting over medeplegen.¹³² Mijn benadering verschilt daarvan enkel op het punt dat die eis wordt geëxpliciteerd.

De tweede consequentie van het begrijpen van medeplegen als gezamenlijke gevaarstelling is hiervoor al aangestipt: het door de delictsomschrijving vereiste *schuldverband* heeft louter betrekking op de afzonderlijke medepleger. Eenheid in schuldverband is geen vereiste voor medeplegen. Dat verband is slechts van betekenis voor het precieze schuldverwijt dat kan worden gemaakt aan de medepleger. Een eventueel uiteenlopend schuldverband tussen medeplegers – de een heeft culpa ten aanzien van, de ander heeft opzet op de dood van het slachtoffer – speelt op zichzelf dus geen rol bij de vraag of een feitelijke dodingshandeling over en weer kan worden toegerekend tussen medeplegers. Ten aanzien van deze kwestie verschilt het door mij verdedigde model dus materieelrechtelijk van de heersende opvatting.

Wellicht is er, buiten de explicitering van causaliteit en de betekenis van het schuldverband voor medeplegen, een derde punt van verschil met de heersende benadering. Naar mijn oordeel zou geen *opzetvereiste* moeten gelden ten aanzien van de feitelijke delictshandeling van de mededader: het opzet van de medepleger hoeft enkel te zijn gericht op de delictsbestanddelen die worden bestreken door het opzetbestanddeel.¹³³ Het is niet met zekerheid te zeggen hoe deze visie zich verhoudt tot de heersende opvatting: het is onduidelijk of medeplegen van een culpoos delict of een overtreding opzet op ‘een’ delictshandeling veronderstelt,¹³⁴ terwijl evenmin helder is in hoeverre het globaal opzet dat is vereist voor het medeplegen van een opzetdelict is betrokken op de ‘feitelijke’ delictshandeling van de mededader.¹³⁵ Het buiten het opzet houden van de feitelijke handeling heeft als belangrijk voordeel dat het opzet in belangrijke mate wordt ontlast. In geval van het medeplegen van een opzetdelict hoeft het opzet niet te worden aangekleed met (impliciete) toerekeningsregels om tot aansprakelijkheid te kunnen komen voor feitelijke delictshandelingen die niet-wezenlijk afwijken van de voorstelling die de medepleger zich daarvan heeft gemaakt. De toerekening van die handeling wordt immers beheerst door causaliteit. Die open norm maakt een casusgerichte afweging mogelijk, waarbij ook factoren kunnen worden

132 Het geldende recht op dat punt is naar voren gekomen in paragraaf 3.3.2.2.

133 Dat komt later aan de orde in paragraaf 3.6.4.

134 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.2.1.

135 Zie over dat onderwerp al paragraaf 3.4.3.

meegenomen die zich moeilijk laten plaatsen in de sleutel van delictsofzet.¹³⁶ Het hierboven geïntroduceerde algemene model ligt in het verlengde van de afwijkende jurisprudentiële lijn van het BGH ten aanzien van het door het gevolg gekwalificeerde delict Körperverletzung mit Todesfolge.¹³⁷ In dat kader bleek het BGH betekenis toe te kennen aan de omstandigheid dat de Mittäter gezamenlijk het gevaar op een dodelijke afloop in het leven hebben geroepen (gezamenlijke gevaarstelling). Ingeval de gezamenlijk begane geweldshandelingen van dien aard zijn dat deze het specifieke gevaar op een dodelijke escalatie scheppen, dan kan een daaropvolgende dodingshandeling van de mededader die dat gevaar verwezenlijkt (causaliteit), ook voor rekening komen van de Mittäter. Dat die handeling voorzien noch aanvaard is, staat daaraan niet in de weg. De aansprakelijkheid van de Mittäter voor de feitelijke dodingshandeling berust in dat geval op een causaliteitsverband: die handeling realiseert het gezamenlijk geschapen gevaar van een dodelijke afloop. Een belangrijk verschil met het door mij verdedigde model is dat het BGH de benadering toespitst op een specifiek delict, terwijl het model voor medeplegen dat ik voorsta een *algemeen* toepassingsbereik heeft (toepasbaar op het medeplegen van elk delict).¹³⁸

Het algemene model vertoont verder gelijkenis met Knigges opvatting

136 Op deze plaats wil ik een enkele opmerking maken over een thema dat valt buiten het bestek van dit proefschrift. In deze studie wordt niet ingegaan op de vraag of het wenselijk is om op samenwerkingsverbanden toegesneden *gevaarzettingsdelicten* te creëren. In dat verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan voorkomende gevallen waarin de samenwerkende actor een vuurwapen inbrengt – ofwel door het wapen zelf te dragen bij de uitvoering van het gezamenlijk plan ofwel door dat wapen ter beschikking te stellen aan de persoon met wie wordt samengewerkt. De inbreng van het wapen schept het gevaar dat dit wapen zal worden gebruikt bij de uitvoering van het gezamenlijk plan (geweldsescalatie). Moet een dergelijke gedraging als (abstract) gevaarzettingsdelict strafbaar worden gesteld? In zie de meerwaarde van dergelijke strafbaarstellingen niet direct. Dergelijke gedragingen lijken al te worden bestreken door huidige strafbaarstellingen. Zo zal de actor in de regel als *medepleger* aansprakelijk zijn, wanneer het vuurwapen wordt *gebruikt* door de mededader. In het algemeen model dat ik voorsta wordt de aansprakelijkheid voor feitelijk afwijkende delictsuitvoeringen immers genormeerd door causaliteit. De actor die een vuurwapen in het spel brengt, zal vanwege het causaal verband tussen inbreng en gebruik als medepleger verantwoordelijk zijn voor het gebruik daarvan. De omvang van diens aansprakelijkheid hangt dan af van de gerichtheid van zijn delictsofzet. In de uitzonderlijke gevallen waarin het wapengebruik *niet* in causaal verband staat met de samenwerking – bijvoorbeeld omdat de mededader het wapen welbewust gebruikt om een ander slachtoffer te doden – biedt de strafwet al voldoende mogelijkheden om de actor aansprakelijk te houden. Te denken valt aan de mislukte *poging tot deelneming* in de zin van art. 46a Sr (in gevallen waarin de actor het initiërende brein is geweest) of *abstracte gevaarzettingsdelicten* uit de WWM (het in vereniging voorhanden hebben van een vuurwapen (art. 26 jo. 55 lid 3 onder a WWM) of het overdragen van een vuurwapen (art. 31 jo. 55 lid 1 WWM)). Wellicht biedt HR 22 maart 2011, NJ 2011, 342 zelfs ruimte om bij het ontbreken van bedoeld causaal verband in een enkel geval te komen tot *medeplechtigheid* ten aanzien van het gepleegde strafbaar feit, namelijk wanneer dat feit wel 'voldoende verband' houdt met het delict waarop het opzet van de actor was gericht. Het eventueel beperktere opzet van de actor wordt dan verdisconteerd in de strafmaat. Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 4.3.3.

137 Zie paragraaf 3.5.2 van dit hoofdstuk.

138 Zie voor voorbeelden paragraaf 3.6.4.4 van dit hoofdstuk.

ten aanzien van de aansprakelijkheid van de *uitlokker*.¹³⁹ Diens aansprakelijkheid moet volgens Knigge aan de hand van drie vragen worden bepaald: heeft de uitlokker opzet op een delict (delictsoptzet), is sprake van accessoriteit tussen het door de uitlokker beoogde delict en het strafbaar feit dat door de uitgelokte is gepleegd (accessoriteit) en is er reden de uitlokker te kwalificeren naar zijn 'beperkte opzet' op basis van art. 47 lid 2 Sr? Ik ben schatplichtig aan Knigges uitwerking van dat model. De verwantschap met het hier gepresenteerde algemene model is gelegen in de inkleuring die Knigge geeft van 'accessoriteit': beslissend is of het gepleegde delict als gevolg moet worden beschouwd van de uitlokking (causaal verband). Alleen dan mag die rechtsgoedkrenking voor rekening komen van de uitlokker (mogelijkerwijs beperkt door toepassing van art. 47 lid 2 Sr). In het algemene model voor medeplegen speelt *causaliteit* een soortgelijke rol: alleen een feitelijke delictshandeling die in causaal verband staat tot de samenwerking, mag worden toegeschreven aan de medepleger. Daarbij vervult het *schuldverband* voor de medepleger een vergelijkbare functie als art. 47 lid 2 Sr doet voor de uitlokker: het schuldverband biedt de mogelijkheid om de ruime aansprakelijkheid waartoe de causaliteitsmaatstaf voert, te 'beperken' door middel van het precieze schuldverwijt dat wordt gemaakt aan de deelnemer. Het schuldverband van de medepleger is niet helemaal gelijk aan dat van de uitlokker. Toepast op het deelnemen aan een opzetdelict: in Knigges model hoeft het opzet van de uitlokker niet te zijn gericht op het *gepleegde* feit, terwijl het opzet van de medepleger zich wel moet uitstrekken tot het gerealiseerde strafbaar feit.

3.6.3 Het causaal verband tussen samenwerking en feitelijke delictshandeling: casuïstiek

3.6.3.1 Inleiding

In het voorgaande is het causaliteitsoordeel onderverdeeld in twee componenten: welk strafrechtelijk relevant gevaar hebben de medeplegers gezamenlijk geschapen (gezamenlijke gevaarzetting), en kan de verrichte feitelijke delictshandeling van de mededader worden aangemerkt als verwezenlijking van dát gevaar (gevaarverwezenlijking)? Verder zijn drie factoren in kaart gebracht die de omvang van de gezamenlijke gevaarzetting bepalen: de inhoud van het gezamenlijk plan, de gevaarzettende handelingen van de medepleger en de bewustheid van de medepleger van omstandigheden en gevaren die de uitvoering van het gezamenlijk plan begeleiden.¹⁴⁰ Voordat de aandacht wordt

¹³⁹ Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 4.3.3.

¹⁴⁰ Meer over deze factoren in paragraaf 3.3.2.3. Een aandachtspunt is dat hoe algemener de inhoud van het gezamenlijk plan is, des te meer vrijheid de medeplegers elkaar laten om de uitvoering daarvan naar eigen inzicht in te vullen. In dergelijke gevallen heeft de gezamenlijke gevaarzetting een groot bereik, waardoor er veel ruimte bestaat om de feitelijke delictshandeling te beschouwen als verwezenlijking daarvan. Zo geven medeplegers elkaar aanzienlijke handelingsvrijheid wanneer zij de in hoge mate onbepaalde afspraak maken 'een aanhanger van een rivaliserende voetbalclub' een 'pak slaag' te geven; zowel het precieze doelwit als de aard en omvang van het toe te passen geweld is ongespecificeerd. Wanneer de mededader fors geweld toepast op een aanhanger van een rivaliserende

gericht op het causaliteitsoordeel in een aantal casusposities, eerst een nader woord over de verhouding van de gezamenlijke gevaarstelling tot het heersende causaliteitscriterium: de leer van de redelijke toerekening.

In algemene zin past het onderscheid tussen gevaarstelling en -verwezenlijking bij de adequatietheorie. Op basis van die theorie wordt als relevante oorzaak aangemerkt, een oorzaak ‘waarvan *redelijkerwijs te voorzien* is dat zij het ingetreden gevolg met zich brengt [cursivering, AP]’.¹⁴¹ Het voorzienbaarheids criterium selecteert de relevante oorzaak bij ‘normale’ uitkomsten, ‘typische’ gevolgen.¹⁴² De voorzienbaarheid van het gevolg was tot 1978 het dominante causaliteitscriterium in de rechtspraak van de Hoge Raad.¹⁴³ Tegenwoordig lijkt die voorzienbaarheid nog steeds een belangrijke rol te spelen, maar dan in de sleutel van de leer van de redelijke toerekening; is redelijkerwijs te voorzien dat de gedraging het ingetreden delictsgevolg met zich brengt, dan is dat een sterke aanwijzing dat het redelijk is om het delictsgevolg toe te rekenen aan die gedraging.¹⁴⁴ De gezamenlijke gevaarstelling kan worden beschouwd als een op medeplegen toegesneden voorzienbaarheids criterium: de samenwerking is een relevante oorzaak, als het redelijkerwijs voorzienbaar is dat die samenwerking leidt tot het verrichten van de feitelijke delictshandeling.¹⁴⁵ Een dergelijke handeling verwezenlijkt in dat geval een gevaar dat medepleger en mededader samen in het leven hebben geroepen. Het antwoord op de vraag of de feitelijke delictshandeling een gezamenlijk geschapen gevaar verwezenlijkt, zal een belangrijk gezichtspunt zijn voor het oordeel of het redelijk is die handeling toe te rekenen aan de samenwerking. De uitkomst die de toepassing van het voorzienbaarheids criterium genereert, is overigens afhankelijk van de invulling van verschillende parameters. In dit proefschrift wordt wat dat betreft veel onbesproken gelaten.¹⁴⁶ Het gestelde over causaliteit is dan ook nadrukkelijk bedoeld als aanzet om de redelijke toerekening bij medeplegen handen en voeten te geven.

Bij de hieronder te bespreken casusposities wordt telkens de vraag opgeworpen of de gezamenlijke gevaarstelling zich uitstrekt tot de verrichte delictshandeling van de mededader, of dat die handeling is verricht in toevallige samenhang met de samenwerking. In het eerste geval realiseert de handeling een

club, dan is dat geweld in de regel te waarden als realisering van de gezamenlijke gevaarstelling, ook als de medepleger de ernst van het toegepast geweld niet heeft voorzien. In soortgelijke zin ten aanzien van de uitlokker Knigge 2003, p. 305.

141 Van Bemmelen/Van Veen 2003, p. 78. In plaats van in termen van ‘voorzienbaarheid’ wordt ook wel gesproken van de ‘waarschijnlijkheid’ dat het gevolg intreedt. Zie daarover Witjens 2011, p. 29.

142 Vgl. R Emmelink 1996, p. 178: ‘Van een slag op de neus is een neusbloeding wel, maar blindheid geen adequaat gevolg; deze (...) pleegt daaruit niet typisch voort te vloeien. Zij is een abnormale uitkomst, niet een gevolg, dat naar de gewone gang van zaken als daarbij passend is te verwachten.’ Zie ook Witjens 2011, p. 29.

143 Witjens 2011, p. 43-46; Van Bemmelen/Van Veen 2003, p. 78.

144 Vgl. Witjens 2011, p. 137-139.

145 De objectieve voorzienbaarheid bleek een beslissende rol te spelen in Reijntjes opvatting over causaliteit tussen de samenwerking en het delictsgevolg (zie paragraaf 3.5.4).

146 Zie voor een inventarisatie van die parameters Witjens 2011, p. 30 jo. 35-40.

bijzonder gevaar dat kleeft aan *déze* samenwerking. Dit is een sterke aanwijzing dat het redelijk is die handeling toe te rekenen aan de samenwerking. Een feitelijke delictshandeling die wordt verricht in toevallige samenhang met de samenwerking, verwezenlijkt daarentegen een *algemeen* risico, niet een gevaar dat in het bijzonder wordt geschapen door *déze* samenwerking van de medeplegers. In dat geval is het niet redelijk die handeling toe te rekenen aan de samenwerking.

3.6.3.2 Casuïstiek

In de arresten die in hoofdstuk 1 zijn beschreven, lijkt het causaliteitsverband vaak onproblematisch. Het expliciteren van het causaliteitsoordeel kan in dergelijke gevallen vooral bijdragen aan de begrijpelijkheid van de beslissing.

Een eerste voorbeeld betreft het Kleurenkopieerapparaat-arrest.¹⁴⁷

In deze zaak had de verdachte (de uitlokker) aan de uitgelokten de last gegeven om voor hem een *kleurenkopieerapparaat* te stelen. De uitgelokten vergisten zich in het apparaat (error in objecto), en keerden terug met een *zwart-wit* kopieerapparaat. De verdediging betoogde ten overstaan van het hof dat de verdachte vrijuit diende te gaan, omdat een ander goed was gestolen dan waartoe opdracht was gegeven. Het hof verwierp dit verweer: 'Bij het opzettelijk uitlokken van de diefstal heeft de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat de dieven een *ander* goed zouden stelen dan de bedoeling van de uitlokker was [cursivering, AP].' Het oordeel van het hof hield stand in cassatie.

In de literatuur wordt de uitkomst (aansprakelijk voor uitlokking van diefstal) onderschreven; het is redelijk om ook de uitlokker aansprakelijk te houden voor het stelen van het verkeerde apparaat. De kritiek richt zich op het oordeel van het hof dat de uitlokker 'opzet' heeft gehad op het stelen van een 'ander goed'.¹⁴⁸ De casus laat zich eenvoudig omzetten naar medeplegen: de medepleger laat de uitvoering van het gezamenlijk plan om een kleurenkopieerapparaat te stelen over aan zijn mededaders, en deze komen bij vergissing terug met een zwart-wit apparaat. Hoe moet de notie dat het redelijk is om ook de medepleger aansprakelijk te houden voor diefstal, dogmatisch worden begrepen?

In mijn optiek als volgt: de feitelijke delictshandeling – het 'wegnemen van een zwart-wit apparaat' – wordt beheerst door causaliteit. Is sprake van causaliteit, dan is de medepleger aansprakelijk voor diefstal, mits deze in het vereiste schuldverband staat tot de 'delictsbestanddelen'.¹⁴⁹ Dat de medepleger het voor diefstal vereiste opzet heeft is zonneklaar: het gezamenlijk plan is immers betrokken op de wederrechtelijke toe-eigening van een goed.¹⁵⁰ De kernvraag is of gezamenlijk het gevaar is geschapen op het wegnemen van het zwart-wit

147 HR 29 april 1997, LJN ZD0148, NJ 1997, 654. Zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.2.1.

148 Zie bijvoorbeeld De Jong 2007, p. 120; Knigge 2003, p. 294.

149 Een complicatie bij dat schuldverband is dat diefstal (art. 310 Sr) een *persoonlijk bestanddeel* kent: het oogmerk is betrokken op het *zich* wederrechtelijk toe-eigenen van een goed. Dat bestanddeel kan maar door één persoon worden vervuld. In die situatie moet de medepleger opzet hebben op de aanwezigheid van dat oogmerk bij een mededader. Zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.2.1.

150 Het delictsoptzet mag beperkt blijven tot door opzet bestreken delictsbestanddelen. Zie paragraaf 3.6.4.

apparaat. Naar mijn oordeel is dat het geval. Daarvoor spreekt dat de mededaders in hoge mate worden *beïnvloed* door het streven uitvoering te geven aan het gezamenlijk plan.¹⁵¹ Ten onrechte veronderstelden zij immers het juiste apparaat weg te nemen. De wegnemingshandeling is niet verricht in toevallige samenhang met de samenwerking; de samenwerking schept het gevaar op vergissingen als deze.¹⁵² In mijn ogen zou ook sprake zijn van het vereiste causaal verband als, variërend op de casuspositie, de mededaders wel degelijk hadden beseft een zwart-wit apparaat weg te pakken, in de veronderstelling dat het gezamenlijk plan daarmee gediend zou zijn. Voor de vraag of de gezamenlijke gevaarzetting zich uitstrekt tot de feitelijke delictshandeling is immers niet beslissend of de mededader al dan niet handelt in feitelijke dwaling.

Explicitering van het causaliteitsoordeel kan ook licht werpen op de uitkomst in het arrest NJ 2007, 263.¹⁵³ In deze zaak draaide het om het medeplegen van poging tot afpersing, de dood ten gevolge hebbende (art. 45 jo. 317 jo. 312 lid 3 Sr). In een dergelijk geval moet elke medepleger opzet hebben op het aanwenden van ‘geweld’ als afpersingsmiddel. Het dodelijk gevolg is geobjectiveerd.

Het gezamenlijk plan bestond uit het afpersen van een slachtoffer in diens woning. Twee mededaders nemen de uitvoering daarvan voor hun rekening, de verdachte houdt buiten de wacht. Na binnenkomst valt het slachtoffer een van de mededaders aan met een mes. Na een worsteling ontfutselt de mededader dat mes, en daarmee doodt hij het slachtoffer. Het hof veroordeelt de verdachte voor het medeplegen van poging tot afpersing de dood ten gevolge hebbende. In cassatie stelt de verdediging dat de verdachte in het geheel geen opzet heeft gehad op het toepassen van enige vorm van geweld. De Hoge Raad verwerpt die klacht, en hij laat het arrest in stand.

Is de dodelijke messteek de verwezenlijking van een gezamenlijk geschapen gevaar? In het gezamenlijk afpersingsplan ligt het gebruik van enig geweld besloten, terwijl dodelijk geweld is toegepast. Voor gevaarverwezenlijking spreekt dat de actie van het slachtoffer – verzet met een mes – in hoge mate is *beïnvloed* door het binnendringen van de mededaders; dat verzet is een begrijpelijke, voorzienbare reactie op de uitvoering van het gezamenlijk plan.¹⁵⁴ Dat pleit ervoor de daaropvolgende messteken van de mededader te beschouwen als verwezenlijking van een bijzonder gevaar dat kleeft aan de uitvoering van dit gezamenlijk plan. Het delictsoptzet van de medepleger mag in mijn optiek beperkt blijven tot het bestanddeel ‘geweld’. Opzet op ‘enig geweld’ volstaat.

151 Het betreft dus een zogenaamde *onvrijwillige* afwijking van het gezamenlijk plan. Zie daarover al paragraaf 3.3.2.2.

152 Zie voor een vergelijkbare zaak in het Duitse stelsel BGH 23 januari 1953, *BGHSt* 11, 268. Uitgebreid over die zaak hoofdstuk 2, paragraaf 5.4.

153 HR 20 februari 2007, LJN AZ2105, NJ 2007, 263, m. nt. Reijntjes. Zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.2.3.

154 In de jurisprudentie over de redelijke toerekening bij *plegen* staat een reactie van het slachtoffer die bijdraagt aan het delictsgevolg niet snel aan toerekening in de weg. Zie Witjens 2011, p. 155–158. De auteur verdedigt die uitkomst bij ‘te verklaren’ of ‘te begrijpen’ reacties van het slachtoffer.

Dit geweldsopzet kan worden afgeleid uit het gezamenlijk plan.

Ten slotte vestig ik de aandacht op het arrest HR 16 december 2008, LJN BG2139.¹⁵⁵ In deze zaak lijkt de gezamenlijke gevaarzetting zich bij uitzondering *niet* uit te strekken tot de feitelijke delictshandeling.

Het draait om een overval op twee circuseigenaren met dodelijke afloop (art. 312 lid 2 sub 2, 4 Sr). Het gezamenlijk plan bestond eruit dat een tas met daarin een groot geldbedrag zou worden ‘weggegrist’ uit de handen van een van de circuseigenaren. Uit dat *weggrissen* – een gewelddadige handeling – leidde het hof af dat de medepleger opzet heeft gehad op ‘geweld’ in het kader van diefstal. Volgens plan rukte de mededader de tas inderdaad uit de handen van een van de circuseigenaren. De te hulp schietende echtgenoot van de beroofde werd vervolgens met behulp van een vuurwapen doodgeschoten door diezelfde mededader. Het hof achtte niet bewezen dat de verdachte vooraf wist dat zijn mededader een vuurwapen bij zich droeg. Desondanks kreeg de verdachte zowel de geweldshandeling (het schieten) als het geobjectiveerde gevolg daarvan (dood slachtoffer) voor zijn rekening. Bij die toerekening ‘speelt een rol’, aldus het hof, dat de verdachte de schutter ‘kende als “cellmate”’ (zonder dat het hof overigens aangeeft in welk opzicht dat relevant is voor het bewijs van het tenlastegelegde feit) en dat hij zich, na waarneming van het vuurwapengeweld, niet heeft gedistantieerd van zijn mededader maar heeft gedeeld in de buit. Bovendien vond het vuurwapengeweld plaats in het kader van de gezamenlijk beraamde overval. A-G Vellinga overwoog dat ‘noch de aard van het geweld noch het gevolg van zo uitzonderlijke aard is dat dit aan toerekening in de weg staat. Dat verdachte niet wist of kon weten van het vuurwapen is niet van belang.’ De Hoge Raad deed de zaak af op basis van art. 81 RO.

Het gezamenlijk plan om een tas ‘weg te grissen’ uit handen van twee circuseigenaren – de casus in HR 16 december 2008, LJN BG2139 – schept het gevaar dat de mededader ‘lichte geweldshandelingen’ verricht om zich in bezit te kunnen stellen van die tas. De feitelijke geweldshandelingen bestonden echter uit het levensgevaarlijk afvuren van meerdere kogels op vitale lichaamsdelen van het slachtoffer. Hoewel de mededader met het afvuren de uitvoering van het gezamenlijk plan lijkt na te streven (veiligstellen van lijf en buit), is ‘levensgevaarlijk vuurwapengeweld’ geen verwezenlijking van het gevaar dat aan de uitvoering van het gezamenlijk plan kleeft. Dat aanzienlijke verschil wordt in mijn ogen niet gecompenseerd door de omstandigheid dat de mededader het geweld in dienst stelt van de uitvoering van het gezamenlijk plan; de door de mededader geloste schoten kunnen op basis van de vaststellingen van het hof niet worden aangemerkt als verwezenlijking van de gezamenlijke gevaarzetting. De nadere vaststellingen van het hof – het zonder nadere motivering vaststellen dat de medepleger zijn mededader ‘kende als “cellmate”’ en het wijzen op de omstandigheid dat eerstgenoemde zich ná het lossen van de schoten niet distantieerde van zijn mededader maar deelde in de buit – zijn niet van invloed op die causaliteitsvraag. Op basis van de bewijsvoering van het hof is in mijn ogen enkel bewezen dat de medepleger aansprakelijk is voor diefstal met

155 Besproken in hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.2.

geweld – bestaande in het volgens plan ‘weggrissen’ van de tas.

3.6.4 Schuldverband

3.6.4.1 Inleiding

Hierboven is uitgebreid aandacht besteed aan samenwerking en causaliteit. Die delen van de drietrapsraket beheersen de wederzijdse verantwoordelijkheid van medeplegers voor elkaars feitelijke delictshandelingen. Daarmee is het moeilijke thema van de ‘feitelijke afwijkingen’ – de feitelijke delictshandeling van de mededader wijkt in meer of mindere mate af van de voorstelling die de medepleger zich daarvan heeft gemaakt – een causaliteitsvraagstuk, en geen vraagstuk dat aan de orde komt bij het schuldverband van de individuele medepleger. Hieronder besteed ik nader aandacht aan dat schuldverband. In paragraaf 3.6.4.2 en 3.6.4.3 komt aan de orde waarop het delictsoptzet van de medepleger is betrokken bij het medeplegen van een opzetdelict. In paragraaf 3.6.4.4 ga ik in op het thema ‘uiteenlopend opzet’ tussen medeplegers. Tot slot zal ik op basis van de drietrapsraket en de rechtsvergelijking enkele opmerkingen maken over het bewijs van delictsoptzet bij de medepleger.

3.6.4.2 Het delictsoptzet van de medepleger

Hierna behandel ik het vereiste delictsoptzet van de medepleger in de context van drie thema’s: ten aanzien van gesubjectieerde delictsbestanddelen, met betrekking tot een cumulatie van delicten en aangaande alternatieve delictsbestanddelen of kwalificerende omstandigheden.

Er kan verschillend worden gedacht over het antwoord op de vraag of het opzet van de medepleger beperkt kan blijven tot delicts*bestanddelen* die worden bestreken door het opzetbestanddeel. Ik illustreer dat aan de hand van het volgende voorbeeld: de mededader beoogt volgens gezamenlijk plan persoon A om het leven te brengen. De mededader lost een schot op A, maar onvoorzien treft hij B (*aberratio ictus*). Staan mededader en samenwerkende actor in het schuldverband tot de dood van B, dat is vereist voor doodslag, dan wel de Duitse (*Totschlag*) of Engelse (*murder*) evenknie daarvan? Bij deze delicten bestaat het delictsgevolg telkens uit het doden van een ‘ander’ (*‘Mensch’* onderscheidenlijk *‘another person’*)

In de heersende opvatting in *Duitsland* wordt een concrete inhoud toegekend aan elk bestanddeel (*Tatumstand*). Het *Vorsatz* van Täter en Mittäter moet zijn gericht op die concrete vervullingswijze.¹⁵⁶ In het voorbeeld hebben mededader en samenwerkende actor niet het voor *Totschlag* vereiste dodingsopzet: het doden van een ‘Mensch’ betekent in dit geval het doden van B. Daarop hadden beiden geen *Vorsatz*. Een dergelijke uitkomst kan in sommige gevallen onbevredigend zijn. Onwenselijke aansprakelijkheidsresultaten kunnen worden

156 De zogenaamde ‘Konkretisierungstheorie’. Daarover hoofdstuk 2, paragraaf 4.3.2.

voorkomen door toerekeningsregels die het *Vorsatz* verruimen.¹⁵⁷ Zo wordt de vraag of de Täter of Mittäter *Vorsatz* heeft op het feitelijk delictsgevolg dat hij zich niet heeft voorgesteld – in het voorbeeld: de dood van B – in de literatuur wel afhankelijk gemaakt van het ‘Planverwirklichungscriterium’ of de ‘test van Frank’.¹⁵⁸ In *Engeland* geldt een ander uitgangspunt: aan delictsbestanddelen wordt een abstracte inhoud toegekend. In het voorbeeld kan in het Engelse recht wel tot aansprakelijkheid voor murder worden gekomen. De mededader is principal. Het bij hem aanwezige intent ten aanzien van het doden van A wordt overgeheveld naar het doden van B (transferred intent). Diezelfde constructie geldt voor de jce-deelnemer: zolang de afwijking onder hetzelfde bestanddeel kan worden gebracht, wordt diens foresight niet aangetast.¹⁵⁹

In lijn met de Engelse benadering zou het delictsoptzet van de medepleger moeten worden beperkt tot de delictsbestanddelen. Deze beperking sluit aan bij de naar het schijnt heersende opvatting in de literatuur over het delictsoptzet van de pleger, wiens opzet enkel gericht hoeft te zijn op de (abstracte) inhoud van die bestanddelen.¹⁶⁰ Vertaald naar medeplegen is aan de opzeteis voor doodslag voldaan als het opzet van de medepleger zich uitstrekt tot de levensberoving van een ‘ander’ (delictsgevolg). Aansluitend bij bovenstaand voorbeeld: doodt de mededader in plaats van A, al dan niet opzettelijk persoon B, dan tast de andere identiteit van het slachtoffer het dodingsopzet van de medepleger niet aan. De medepleger is strafbaar voor doodslag, op voorwaarde dat de dodingshandeling van de mededader in causaliteitsverband staat met de gezamenlijke gevaarstelling. De causaliteitseis verzekert dat het delict, ondanks de afwijkende vervullingswijze daarvan, is verbonden met de samenwerking. De eis van opzet op de abstracte bestanddelen waarborgt dat de aansprakelijkheid op de voet van medeplegen niet verder reikt dan die op basis van plegen, terwijl geen omstreken toerekeningsregels – zoals het Planverwirklichungscriterium en de test van Frank – nodig zijn om het feitelijk delictsgevolg dat buiten de voorstelling ligt, onder het delictsoptzet te brengen.

Bij een *cumulatie* van delicten – de mededader begaat vijf keer een doodslag – dient het opzet van de medepleger zich in mijn ogen uit te strekken tot vijf maal doodslag. Diezelfde eis wordt in het Duitse stelsel gesteld: een verhoging van Unrecht mag niet aan het *Vorsatz* worden toegeschreven.¹⁶¹ Deze redenering

157 Voorbeelden daarvan – de Exzessregeln en dolus subsequens (sukzessive Mittäterschaft) – zijn in paragraaf 3.4.2 van dit hoofdstuk besproken. Het betreft echter geen limitatieve opsomming.

158 Het Planverwirklichungscriterium luidt: ‘Ein Erfolg ist als vorsätzlich herbeigeführt anzusehen, wenn und weil er bei objektiver Bewertung dem Plan des Täters entspricht.’ De test van Frank luidt: ‘Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so ist (...) der Vorsatz also zu bejahen; kommt man zu dem Ergebnis, daß er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen.’ Nader hierover hoofdstuk 2, paragraaf 4.4.4.

159 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 4.2. De aansprakelijkheid van de jce-deelnemer kan wel worden beperkt door een limiterende afspraak met betrekking tot een bepaalde vervullingswijze van het delict. Zie daarover hoofdstuk 2, paragraaf 4.3.3 en paragraaf 3.3.2.2 van dit hoofdstuk.

160 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.2.

161 Hoofdstuk 2, paragraaf 4.3.2.

geldt onverkort voor het opzet van de medepleger, temeer daar meerdaadse samenloop het strafmaximum met een derde verhoogt (art. 57 Sr). In het Engelse stelsel valt de aansprakelijkheid van de jce-deelnemer misschien ruimer uit: het foresight van de jce-deelnemer ten aanzien van één delict volstaat wellicht voor de aansprakelijkheid van alle delicten die de mededader begaat.¹⁶² Dat mogelijk ruime bereik zou kunnen worden verklaard vanuit de accessoire aard van de jce-aansprakelijkheid: zodra hij voorziet dat de principal het delict begaat, is de jce-deelnemer in beginsel aansprakelijk voor elke vervullingswijze die de principal kiest.

Tot slot het derde thema. Indien een delict *alternatieve bestanddelen* of *kwalificerende omstandigheden* kent, moet het opzet van de medepleger dan zijn gericht op het *gepleegde* alternatief of volstaat opzet op *een* van de alternatieven? Het delict afpersing bijvoorbeeld kent twee alternatieve dwangmiddelen: afpersing door ‘geweld’ onderscheidenlijk ‘bedreiging met geweld’ (art. 317 lid 1 Sr). Indien de mededader een afpersing door ‘geweld’ begaat dan roept dat de vraag op of het opzet van de medepleger gericht moet zijn op het gebruik van ‘geweld’, of dat opzet op ‘bedreiging met geweld’ volstaat (ook als die bedreiging *niet* heeft plaatsgevonden). Voordat ik de aandacht richt op de medepleger, behandel ik deze kwestie eerst in de context van indirecte deelneming.

In geval van alternatieve bestanddelen hoeft de jce-deelnemer wellicht niet het alternatief te hebben voorzien (foresight) dat door de principal is vervuld.¹⁶³ In die opvatting is aan de foresight-test voldaan als de jce-deelnemer een ‘steal-burglary’ voorziet, terwijl de principal een ‘grievous bodily harm-burglary’ begaat.¹⁶⁴ De jce-deelnemer is in dat geval aansprakelijk voor de gepleegde ‘grievous bodily harm-burglary’. In deze zienswijze hoeft de jce-deelnemer de gepleegde alternatieve *variant* niet te hebben voorzien. In de context van het Nederlandse stelsel is door Knigge verdedigd dat het opzet van de *indirecte deelnemer* überhaupt niet hoeft te zijn gericht op de *bestanddelen* van het gepleegde strafbaar feit: het gepleegde delict mag niet wezenlijk verschillen van het delict dat de indirecte deelnemer beoogde (accessoriteit). Eventueel beperkter delictsoptzet kan worden verdisconteerd met behulp van de aansprakelijkheidsregels van art. 47 lid 2 en 49 lid 4 Sr.¹⁶⁵ Het uitgangspunt dat de indirecte deelnemer geen opzet hoeft te hebben op het gepleegde delict, leidt ertoe dat deze in de regel aansprakelijk zal zijn voor afwijkingen die betrekking hebben op alternatieve kwalificerende omstandigheden of bestanddelen. Zo kan de door de uitgelokte begane diefstal door middel van ‘inklimming’ worden toegerekend aan de

162 Hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.2.2.

163 Hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.2.2.

164 Het delict ‘burglary’ is strafbaar gesteld in de Theft Act 1968, section 9 (1b): ‘A person is guilty of burglary if (...) having entered any building or part of a building as a trespasser he *steals* or attempts to steal anything in the building or that part of it or *inflicts* or attempts to inflict on any person therein any *grievous bodily harm* [cursiveringen, AP].’

165 Zie over het aansprakelijkheidsmodel van de uitlokker al paragraaf 3.6.2 van dit hoofdstuk. Zie voor een vollediger beschrijving hoofdstuk 1, paragraaf 4.3.3.

uitlokker die enkel opzet heeft gehad op diefstal door middel van ‘braak’.¹⁶⁶ De uitlokker wordt gekwalificeerd voor het uitlokken van diefstal door middel van ‘braak’: het opzet van de uitlokker hoeft zich immers niet uit te strekken tot de gepleegde ‘braak’, het beoogde en gepleegde feit verschillen niet wezenlijk van elkaar – beide zijn uitvoeringsvarianten van diefstal (art. 311 lid 1 sub 5 Sr) – en art. 47 lid 2 Sr geeft geen aanleiding om te komen tot een andere kwalificatie van de uitlokker. Dezelfde redenering en uitkomst volgen als de variatie is gerelateerd aan alternatieve bestanddelen. Bijvoorbeeld: in plaats van de beoogde afpersing door ‘bedreiging met geweld’ wordt afpersing door ‘geweld’ gepleegd (art. 317 lid 1 Sr). Het gebruik van het alternatieve dwangmiddel kan worden toegerekend aan de uitlokker: deze is aansprakelijk voor afpersing door ‘geweld’. De Hoge Raad lijkt wat betreft de medeplichtige te komen tot hetzelfde resultaat. In NJ 2011, 342 bepaalde hij dat de medeplichtige aansprakelijk kan zijn voor het gepleegde delict, als dat strafbaar feit ‘voldoende verband’ houdt met het misdrijf waarop de medeplichtige opzet heeft gehad.¹⁶⁷ Daarvan zal in de regel sprake zijn in bovenstaande voorbeelden.

De *medepleger* behoort tot de categorie van de plegers: naast de medeplegers staat geen pleger, het collectief van medeplegers vervult immers de delictsomschrijving. Dat brengt mee dat de aansprakelijkheid van de medepleger rechtstreeks is gerelateerd aan de delictsomschrijving van het gepleegde feit. Hierin schuilt een belangrijk verschil met de indirecte deelnemer. De accessoriteitseis betekent voor de medepleger dat het delict waarop deze opzet heeft, moet zijn *gepleegd*. In tegenstelling tot de indirecte deelnemer moet elke medepleger opzet hebben op de gesubjectieerde bestanddelen van het gepleegde delict.¹⁶⁸ Het antwoord op de vraag of de medepleger opzet moet hebben op het *gepleegde* alternatieve bestanddeel of de *begane* alternatieve kwalificerende omstandigheid is daarmee afhankelijk van twee variabelen: is opzet op het bestanddeel of de omstandigheid überhaupt vereist en, zo ja, welke invulling wordt gegeven aan de accessoriteitseis. De wetgever heeft *kwalificerende omstandigheden* buiten het opzet van de medepleger willen houden.¹⁶⁹ Als de mededader in het kader van diefstal een ‘inklimming’ begaat, waar de medepleger een ‘braak’ beoogde, dan rijst geen opzetprobleem. Het opzet van de medepleger hoeft immers überhaupt niet te zijn gericht op een kwalificerende omstandigheid.¹⁷⁰ In afwijking van de wil van de wetgever moet in mijn ogen wel opzet worden geëist ten aanzien van het

166 Aldus Knigge 2003, p. 301. Voorzichtiger Wolswijk 2010, p. 876 (‘denkbaar’). Het opzet van de indirecte deelnemer moet zijn gericht op een kwalificerende omstandigheid. Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.5.2.

167 HR 22 maart 2011, LJN BO4471, NJ 2011, 342, m. nt. Schalken. Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 4.3.3. Het is niet met zekerheid te zeggen of de Hoge Raad dezelfde redenering zal volgen bij uitlokking.

168 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 4.3.2.

169 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.5.2.

170 Wel dient de gezamenlijke gevaarstelling zich uit te strekken tot de ‘inklimming’. Daarvan zal in de regel sprake zijn wanneer het gezamenlijk plan is gericht op het begaan van een diefstal met ‘braak’. Zie paragraaf 3.6.3.

gebruik van ‘geweld of bedreiging met geweld’ in het kader van diefstal (art. 312 Sr). Dat geweld wordt wel aangemerkt als een kwalificerende omstandigheid. Die opzeteis wordt gerechtvaardigd door de aanmerkelijke verhoging van de strafbedreiging ten opzichte van de kwalificerende omstandigheden die worden genoemd in art. 311 Sr – twaalf jaar ten opzichte van zes jaar. Deze opzeteis lijkt ook in het geldende recht te worden gesteld.¹⁷¹ Wanneer het opzet van de medepleger gericht moet zijn op een alternatieve omstandigheid of een *alternatief bestanddeel* – zoals ‘geweld’ of ‘bedreiging met geweld’ in de zin van afpersing (art. 317 lid 1 Sr) – dan bepaalt de invulling van de accessoriteitseis of dat opzet beperkt mag blijven tot een van de alternatieven (ruime invulling) of zich moet uitstrekken tot het door de mededader vervulde alternatief (strikte invulling). Bij de ruime invulling hoeft het door de medepleger beoogde in iets mindere mate te corresponderen met het door de mededader begane feit. In het door mij verdedigde model hoeft geen eenheid in schuldverband te bestaan tussen medeplegers. De aard van medeplegen dwingt in mijn ogen dus niet tot een strikte invulling van de accessoriteitseis. Daarnaast doet de ruime invulling de medepleger geen onrecht, omdat deze het door de delictsomschrijving omschreven opzet heeft gehad. Om die redenen sta ik een ruime invulling van de accessoriteitseis voor: de medepleger heeft het vereiste delictsoptzet als hij opzet heeft gehad op een afpersing door middel van ‘bedreiging met geweld’ (niet-vervulde alternatieve bestanddeel), en de mededader in plaats daarvan een afpersing door middel van ‘geweld’ begaat (vervulde alternatief).¹⁷²

3.6.4.3 Het delictsoptzet bij een door het gevolg gekwalificeerd delict

Het voorgaande impliceert dat het opzet van de medepleger diens aansprakelijkheid voor een opzetdelict slechts beperkt op het niveau van de delictsbestanddelen. Voldoende is immers dat het delictsgevolg dat de mededader verwezenlijkt kan worden gebracht onder het door het opzet van de medepleger bestreken bestanddeel. Hoe algemener de inhoud van dat bestanddeel is, hoe groter de verschillen kunnen zijn tussen de daaronder te rubriceren vervullingswijzen. Dit maakt dat de aansprakelijkheid van de medepleger zich kan uitstrekken tot een gradueel ernstiger vervullingswijze van een bestanddeel dan hem voor ogen stond. Die aansprakelijkheid kan vervolgens een vlucht nemen – en daar gaat het mij om – als dat bestanddeel of die kwalificerende omstandigheid, deel uitmaakt van een grondfeit waaraan een *kwalificerend gevolg* is verbonden.

Het medeplegen van diefstal met geweld de dood ten gevolge hebbende (art. 312 lid 3 Sr), is daarvan een goed voorbeeld. In de heersende rechtspraak hoeft het opzet van de medepleger slechts globaal te zijn gericht op de *vervullingswijze* van de kwalificerende omstandigheid ‘geweld’.¹⁷³ Het bedoelde

¹⁷¹ Hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.5.3.

¹⁷² Diezelfde benadering kan bijvoorbeeld worden gevolgd bij de alternatieve middelen die worden genoemd in art. 326 Sr (oplichting).

¹⁷³ Zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.2 jo. 3.3.5.3.

geweld omvat echter een veelvoud van vervullingswijzen die qua ernst en levensgevaar wezenlijk uiteenlopen; van slechts ‘een ruk aan de onderarm’ tot ‘vuurwapengeweld’.¹⁷⁴ In de heersende rechtspraak kan zijn voldaan aan de opzeteis, ook als de medepleger enkel licht geweld beoogde maar de mededader zwaar geweld toepast.¹⁷⁵ Het schuldverband lijkt dus niet snel een belemmering te vormen om het kwalificerende gevolg van dat zware geweld – de dood van het slachtoffer – ook toe te rekenen aan de medepleger.

In het door mij bepleite model voor medeplegen volstaat dat het opzet van de medepleger is gericht op de kwalificerende omstandigheid ‘geweld’. Wellicht mag het opzet dus (nog) algemener gericht zijn dan het geval is bij globaal opzet. Is het verkieslijk dat het opzet van de medepleger in geval van door het gevolg gekwalificeerde delicten slechts betrekking hoeft te hebben op de wettelijke omschrijving van het bestanddeel of de kwalificerende omstandigheid? Daarover wordt verschillend gedacht.¹⁷⁶ De vraag klemmt temeer omdat in dergelijke gevallen een aanmerkelijk zwaarder schuldverwijt wordt gemaakt aan de medepleger. Bij de ‘diefstal met geweld’ die leidt tot de dood van het slachtoffer stijgt het strafmaximum met twee derde (art. 312 lid 1 jo. 3 Sr), in geval van ‘mishandeling’ met dodelijke afloop verdubbelt het strafmaximum zelfs (art. 300 lid 1 jo. 3 Sr).

Ook onder vigeur van opzet op de omstandigheid ‘geweld’ is de aansprakelijkheid van de medepleger in mijn ogen voldoende begrensd. Buiten dat de medepleger het door de delictsomschrijving vereiste opzet heeft, moet immers de feitelijke delictshandeling van de mededader die het kwalificerende gevolg rechtstreeks veroorzaakt in *causaliteitsverband* staan met de samenwerking. Dit causaliteitsverband waarborgt dat de medepleger niet verantwoordelijk is voor – afgemeten aan het gezamenlijk geschapen gevaar – buitensporige geweldshandelingen, en om die reden evenmin voor delictsgevolgen daarvan.¹⁷⁷ Het belangrijke voordeel in de opvatting die ik voorsta, is dat het opzet in hoge mate wordt ontlast: het delictsoptzet van de medepleger hoeft niet te worden aangekleed met (impliciete) toerekeningsregels om tot aansprakelijkheid te kunnen komen voor feitelijke delictshandelingen die niet-wezenlijk afwijken van de voorstelling van de medepleger.

Los van de gerichtheid van het eigen delictsoptzet van de deelnemer, wordt

174 Aldus HR 2 maart 2010, LJN BK9035, NJ 2010, 600 (ruk aan onderarm) en HR 16 december 2008, LJN BG2139 (vuurwapengeweld). Zie nader hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.2.

175 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.2. De constatering in de hoofdtekst heeft vooral betrekking op de feitenrechtspraak. In de cassatiezaken die in paragraaf 6.3.2 zijn besproken, waren de cassatiemiddelen telkens *niet* gericht op de bewijsvoering ten aanzien van het geweldsoptzet van de verdachte.

176 De aansprakelijkheid van de samenwerkende actor voor een door het gevolg gekwalificeerd delict bleek in de heersende opvattingen in Duitsland en Engeland juist wél te zijn gekoppeld aan een tot de vervullingswijze van het grondfeit aangescherpt schuldverband. Het ‘Vorsatz’ respectievelijk ‘foresight’ bleek echter tegelijkertijd te worden verruimd met behulp van toerekeningsregels, waardoor veel van het aansprakelijkheidsbeperkende effect verloren gaat. Zie hierover al paragraaf 3.4.2 van dit hoofdstuk.

177 Zie voor een voorbeeld de bespreking van het arrest HR 16 december 2008, LJN BG2139 in paragraaf 3.6.3.2.

door sommige schrijvers verdedigd – vaak heeft het standpunt betrekking op de uitlokker – dat de aansprakelijkheid voor het kwalificerend gevolg kan worden geblokkeerd door het delictopzet van de *pleger*. De deelnemer zou bij voorbaat niet aansprakelijk zijn voor een geobjectiveerd gevolg, wanneer de pleger dat gevolg ‘opzettelijk’ heeft veroorzaakt.¹⁷⁸ Doorgetrokken naar medeplegen zou dit betekenen dat de medepleger niet strafbaar kan zijn voor ‘mishandeling de dood ten gevolge hebbende’ als zijn mededader een ‘doodslag’ pleegt. De medepleger zou in dat geval volgens Hazewinkel-Suringa en Rummelink enkel aansprakelijk zijn voor de door het gezamenlijk opzet omvatte ‘mishandeling’, niet voor het deel dat daarbuiten valt (de dood van het slachtoffer).¹⁷⁹ Ik zou echter willen pleiten voor een flexibeler benadering: zodra dodingshandeling en kwalificerend gevolg in causaal verband staan met de samenwerking, is de medepleger daarvoor aansprakelijk. Het plegen van een doodslag in plaats van het begaan van een mishandeling kan een indicatie zijn dat dit causaliteitsverband ontbreekt, maar niet meer dan dat. Ook van betekenis is in hoeverre de mededader met die dodingshandeling de volvoering van het gezamenlijk plan nastreeft. Deze flexibele benadering past bij het geldende recht, waarin doodslag de aansprakelijkheid voor een kwalificerend gevolg zeker niet uitsluit.¹⁸⁰ Die opvatting is daarnaast in lijn met de heersende zienswijze in Duitsland en Engeland.¹⁸¹

3.6.4.4 Uiteenlopend opzet of schuldverband

Het geval dat de medepleger mishandeling en zijn mededader doodslag beoogt, raakt aan het thema van *uiteenlopend delictopzet* tussen medeplegers. In mijn optiek staat een eventueel (wezenlijk) verschil in delictopzet op zichzelf niet in de weg aan de aanwezigheid van medeplegen: de aansprakelijkheidsgrond begrijp ik immers als het gezamenlijk scheppen van een gevaar dat een feitelijke delictshandeling wordt verricht, terwijl ten minste een van de actoren aansprakelijk is voor een delict.¹⁸² De verantwoordelijkheid van de medepleger kan zich uitstrekken tot een feitelijke delictshandeling die hij niet heeft voorzien (bijvoorbeeld het toebrengen van ‘messteken’ in plaats van ‘vuistslagen’). Aan die verantwoordelijkheid staat evenmin in de weg dat de betreffende handeling mogelijk een aanmerkelijk ernstiger gevolg veroorzaakt (de levensberoving van het slachtoffer) dan de medepleger heeft beoogd (mishandeling van dat slachtoffer). Het is dus goed denkbaar dat aan de medeplegers een verschillend schuldverwijt moet worden gemaakt, bijvoorbeeld indien de mededader wél opzet heeft gehad op dat ernstiger gevolg. Ter illustratie drie voorbeelden.

178 Daarover hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.4.

179 Meer hierover in hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.4.

180 Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 2007, LJN AZ2105, NJ 2007, 263, m. nt. Reijntjes. Zie verder hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.4.

181 Vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 5.3 en 5.5 (Mittäterschaft) en hoofdstuk 3, paragraaf 4.3.5 (jce-deelnemer).

182 Daarover al paragraaf 3.6.2 van dit hoofdstuk.

Voorbeeld 1: uiteenlopend opzet

De medeplegers hebben gezamenlijk het plan om het slachtoffer af te persen: zij hebben het voorzien op diens betaalpas en bijbehorende pincode. Afgesproken wordt om daartoe enig geweld in te zetten. Ter uitvoering van het plan dringt de mededader binnen in de woning van dat slachtoffer. Het slachtoffer verzet zich met behulp van een mes. De mededader probeert tevergeefs te vluchten, ontfutselt het slachtoffer vervolgens het mes, en steekt hem dood.

In dit voorbeeld wordt de uitvoering van het gezamenlijk afpersingsplan begeleid door het gevaar dat het slachtoffer zich zal verzetten (en dat de mededader daarop zal reageren). Behoudens contra-indicaties zal ook de medepleger van dat gevaar op de hoogte zijn. Als het slachtoffer ter verdediging van lijf en leden een mes trekt, dat hem door de mededader afhandig wordt gemaakt en waarmee de mededader het slachtoffer vervolgens doodsteekt, dan kan die dodingshandeling in mijn ogen al snel als verwezenlijking worden gezien van het gevaar (reactie op verzet slachtoffer) dat de uitvoering van het gezamenlijk afpersingsplan begeleidt. De dodingshandeling kan om die reden worden toegerekend aan de medepleger. Daarvoor is dus niet vereist dat diens opzet is gericht op het ‘steken met een mes’, de feitelijke dodingshandeling van zijn mededader. Wel moet het opzet van de medepleger zijn betrokken op de delictsbestanddelen van het opzetdelict. Helder is dat de medepleger geen dodingsopzet heeft gehad. De medepleger zal vermoedelijk aansprakelijk zijn voor het medeplegen van mishandeling de dood ten gevolge hebbende (art. 300 lid 3 Sr).¹⁸³ De mededader is op basis van zijn dodingshandeling aansprakelijk voor het (mede)plegen van gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr). Het opzet van de medepleger en zijn mededader loopt uiteen.

Deze uitkomst – mishandelingsopzet van de een, dodingsopzet van de ander – is verenigbaar met de heersende opvatting in de literatuur; het opzet mag immers ‘enigszins’ uiteenlopen.¹⁸⁴ Die bandbreedte lijkt niet overschreden, want dodingsopzet omvat mishandelingsopzet. Onzekerder is of in de heersende benadering zal worden gesproken van medeplegen als het schuldverband van de medeplegers verder uiteenloopt, zoals het geval is in het tweede en derde voorbeeld.

Voorbeeld 2: culpa versus opzet

De medeplegers zijn elk bestuurder van een auto. Zij bevinden zich op een openbare weg met meerdere zijstraten. De gezamenlijke afspraak is zo hard mogelijk op te trekken, om zo snel als mogelijk een 200 meter verder gelegen punt te bereiken. vlak voor de start ziet de mededader vanuit een zijstraat een kind komen dat de weg dreigt over te steken. Hij aanvaardt bewust

183 De mogelijkheid van afpersing de dood ten gevolge hebbende (art. 317 Sr) laat ik buiten beschouwing. Het is immers zeer twijfelachtig of de dodingshandeling van de mededader ‘geweld’ oplevert in de zin van art. 317 Sr, en om die reden of de dood van het slachtoffer als kwalificerend gevolg mag gelden van afpersing. Zie over deze kwestie CAG Knigge bij HR 20 februari 2007, LJN AZ2105, NJ 2007, 263, m. nt. Reijntjes en Witjens 2011, p. 143–145.

184 Daarover al paragraaf 3.6.2 van dit hoofdstuk.

de aanmerkelijke kans dat hij het kind zal overrijden. Het gevaar ontgaat de medepleger. Het startschot klinkt, waarop de mededader het kind met dodelijk gevolg schept.

De gezamenlijke gevaarzetting – een racewedstrijd op de openbare weg – strekt zich ontegenzeggelijk uit tot de botsing met het kind. De medepleger is strafbaar voor het medeplegen van dood door schuld in het verkeer (art. 6 WVV). In de gezamenlijke gevaarzetting ligt de aanmerkelijke kans op de dood van het kind besloten. De bewuste aanvaarding van die kans door de mededader maakt dat deze aansprakelijk is voor het (mede)plegen van doodslag (art. 287 Sr). De feitelijke delictshandeling (dodelijke botsing met het kind) is immers de realisering van de gezamenlijke gevaarzetting. Het individuele schuldverband mag uiteenlopen (culpoze of doleuze verhouding tot de dood van een ander).

Voorbeeld 3: opzet noch culpa versus opzet

Het gezamenlijk plan bestaat uit het afleveren van een lading amfetamine aan X. De medepleger laat die uitvoering aan zijn mededader. Daarbij draagt hij zijn mededader op het hart dat die aflevering aan X koste wat kost moet plaatsvinden. De medepleger weet niet dat X zich buiten Nederland bevindt. De mededader gaat over tot aflevering van amfetamine in het buitenland.

Is sprake van het medeplegen van het al dan niet opzettelijk ‘buiten het grondgebied van Nederland brengen van een middel als bedoeld in lijst I’ (art. 2 onder A jo. 10 lid 5 Opw)? Het gezamenlijk plan is gericht op het afleveren van amfetamine aan X. Daarbij heeft de medepleger zélf een gevaarzettende handeling verricht: de opdracht om die overdracht ‘koste wat kost’ te volvoeren, creëert het gevaar dat de mededader alle stappen zet die nodig zijn om de amfetamine af te leveren.¹⁸⁵ De aflevering in het buitenland is om die reden een uitvoeringshandeling van de samenwerking. De mededader heeft de amfetamine *opzettelijk* uitgevoerd. Vanwege dat delictsoptzet is deze aansprakelijk voor een misdrijf: het (mede)plegen van het ‘opzettelijk buiten het grondgebied van Nederland brengen van een middel als bedoeld in lijst I’ (art. 2 onder A jo. 10 lid 5 Opw). Bij de medepleger ontbreekt dat delictsoptzet: hij wist niet dat X zich buiten Nederland bevond.¹⁸⁶ Voor de overtredingsvariant van dat delict is dat opzet echter niet vereist. De medepleger is aansprakelijk voor het medeplegen van het ‘buiten het grondgebied van Nederland brengen van een middel als bedoeld in lijst I’ (art. 2 onder A Opw). Het schuldverband waarin de medeplegers al dan niet staan tot de uitvoer van de harddrug staat niet in de weg aan het medeplegen van die uitvoer.

185 Zie over de gevaarzettende handeling paragraaf 3.3.2.3.

186 De medepleger is overigens wél aansprakelijk voor het *opzettelijk* begaan van een andere variant van art. 2 Opw, bijvoorbeeld het ‘opzettelijk voorhanden hebben’ van de amfetamine. Daar gaat het me echter niet om in het voorbeeld.

3.6.4.5 Het bewijs van delictsoptzet uit oogpunt van opzet op delictsbestanddelen

Het bewijs van delictsoptzet kan bij ontkennende verdachten een hele toer zijn. In dergelijke gevallen is het noodzakelijk om de vaststelling van de aan- of afwezigheid van dat opzet af te leiden uit objectieve gegevens, zoals de uiterlijke verschijningsvorm van gedragingen en de omstandigheden van het geval. Die objectiverende component in de bewijsvoering leidt er bijna onvermijdelijk toe dat het rechterlijk oordeel over het delictsoptzet iets van een machtswoord heeft. De rechter is immers verplicht op basis van multi-interpretabele gegevens een uitspraak te doen over de psychische component van opzet: het 'bewust aanvaarden' van de aanmerkelijke kans op een gevolg. Ook met het door mij verdedigde aansprakelijkheidsmodel blijft het bewijs van delictsoptzet een lastige exercitie.¹⁸⁷ Wel biedt de drietrapsraket een helder dogmatisch kader: de causaliteit beheerst de wederzijdse toerekening van feitelijke delictshandelingen, het individuele delictsoptzet is enkel betrokken op delictsbestanddelen. Stel dat de mededader opzettelijk 'slachtoffer X van het leven berooft, door dat slachtoffer met een mes in de hartstreek te steken'. Is de medepleger aansprakelijk voor het medeplegen van doodslag (art. 287 Sr)? In de heersende opvatting is daarvoor vereist dat de medepleger 'globaal opzet' heeft op de levensberoving van slachtoffer X. Het blijft gissen waarop dat opzet precies moet zijn gericht. In de door mij verdedigde drietrapsraket is de medepleger aansprakelijk voor dat delict als de gezamenlijke gevaarzetting zich uitstrekt tot de 'dodelijke messteek die is toegebracht aan X' (feitelijke delictshandeling en feitelijk delictsgevolg), en de medepleger opzet heeft op de levensberoving van 'een ander mens'. Het bewijsobject van opzet is helder: het door opzet bestreken bestanddeel.

Wellicht biedt de drietrapsraket winst bij de benadering van het arrest *NJ* 1998, 426.¹⁸⁸

Het draaide in die zaak om een uit de hand gelopen woninginbraak. De medepleger wist, zo stelde het hof vast, dat zijn mededader ten tijde daarvan een *vuurwapen* bij zich droeg. De medeplegers werden op heterdaad betrapt door twee politieagenten. In reactie daarop loste de gewapende mededader schoten op die agenten, waardoor een van de verbalisanten zwaar lichamelijk letsel opliep. Het hof veroordeelde de medepleger voor het medeplegen van diefstal met geweld, zwaar lichamelijk letsel ten gevolge hebbende (art. 312 lid 2 sub 2-4 Sr). De omstandigheid dat de medepleger ondanks zijn wetenschap van het vuurwapen

187 De zaak HR 19 september 2002, LJN AE6118 (Veghel), besproken in hoofdstuk 1, paragraaf 5.3.2, blijft bijvoorbeeld moeilijk. In die zaak betrad de mededader met een geladen vuurwapen een bevolkt schoolgebouw, om daar conform het gezamenlijk plan af te rekenen met A. In zijn streven uitvoering te geven aan dat plan, beschoot hij niet alleen A, maar ook B, C, D en E, die zich in de buurt van A bevonden. De medepleger was niet lijfelijk aanwezig bij de beschieting. Hij werd echter wel veroordeeld voor een poging tot moord op A en poging tot doodslag op B, C, D en E. Dat de medepleger ook dodingsopzet heeft gehad ten aanzien van die vier laatstgenoemde slachtoffer, heeft het hof kunnen afleiden uit de vaststelling dat de medepleger wist dat de mededader een ongecoördineerd schutter was en dat hij een bevolkte school betrad, aldus de Hoge Raad.

188 HR 20 januari 1998, LJN ZD0902. Meer hierover al in hoofdstuk 1, paragraaf 5.4.1.

toch een inbraak heeft gepleegd met zijn mededader, is voor het hof een belangrijke schakel in het bewijs van opzet op geweld aan de zijde van de medepleger. In de herformulering van de Hoge Raad luidt dat oordeel dat ‘de verdachte zich enerzijds bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat geweld zou worden gepleegd door de ander en anderzijds zich niet heeft gedistantieerd van de gedragingen van die ander [cursivering, AP].’ Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad. De omstandigheid dat de medepleger tijdens de confrontatie met de agenten mogelijk niet meer in de gelegenheid is geweest om zich te distantiëren, laat onverlet dat hij ‘zich niet reeds (...) toen hem duidelijk werd dat de ander gewapend was, heeft gedistantieerd.’

In de literatuur is kritiek geleverd op de bewezenverklaring en motivering van het voorwaardelijk opzet op geweld in deze zaak, in het bijzonder omdat het bewijs van de psychische componenten van dat opzet (het ‘bewust aanvaarden’ van de aanmerkelijke kans op geweld) onvoldoende uit de verf zou komen. Met het oog daarop stelt Knigge: ‘wat als feitelijk oordeel wordt gepresenteerd, zou wel eens een normatief oordeel kunnen zijn. Wie uit inbreken gaat, wetend dat zijn mededader een schietwapen bij zich heeft, is aansprakelijk voor het eventuele geweld waarmee de inbraak gepaard gaat. Dat geweld wordt hem toegerekend, onverschillig wat hem precies heeft bezielde.’¹⁸⁹

Het gezamenlijk plan is weliswaar enkel gericht op de uitvoering van een woninginbraak, maar de medepleger is zich bewust van het vuurwapenbezit van zijn mededader (wetenschap begeleidend omstandigheid). Daaruit mag in mijn ogen in de regel worden afgeleid dat de uitvoering van de woninginbraak het begeleidend gevaar kent dat in het kader daarvan zwaar geweld wordt gepleegd. Het beschieten van de agenten beantwoordt daaraan, terwijl niet blijkt dat de mededader volledig buiten het plan om handelt. De gezamenlijke gevaarzetting is dus betrokken op de feitelijke handeling van de mededader. Het ‘schieten’ door de mededader kan worden toegerekend aan de medepleger.

De medepleger is enkel aansprakelijk voor het medeplegen van diefstal met geweld en het kwalificerend gevolg als hij op zijn minst voorwaardelijk opzet heeft op de kwalificerende omstandigheid ‘geweld’. Daarvoor is vereist dat gezamenlijk de ‘aanmerkelijke kans’ is geschapen op geweld, terwijl de medepleger die kans ‘bewust’ heeft ‘aanvaard’. Is daaraan voldaan dan is de medepleger ook aansprakelijk voor het geobjectiveerde gevolg daarvan, bestaande uit ‘zwaar lichamelijk letsel’ (art. 312 lid 2 sub 4 Sr). Kennelijk heeft het hof geoordeeld dat de kans op geweld als ‘aanmerkelijk’ moest worden ingeschaald. Is die kans naar algemene ervaringsregels inderdaad aanmerkelijk te noemen? De kans dat de medeplegers in een situatie komen waarin potentieel geweld zal worden toegepast lijkt niet zonder meer ‘aanmerkelijk’ te zijn. Wellicht moet het oordeel van het hof zo worden begrepen dat de kans op geweld ook aanmerkelijk kan zijn, als de kans gering is *dat* de gelegenheid zich voordoet waarin mogelijk geweld zal worden toegepast, mits de kans op geweld ten minste aanmerkelijk is *als* die situatie zich toch voordoet. De ‘aanmerkelijke kans’ is hoe dan ook

189 Knigge 2003, p. 294.

een lastig te duiden component van voorwaardelijk opzet.¹⁹⁰ Los daarvan, hoe moet de ‘bewuste aanvaarding’ van die kwade kans worden benaderd vanuit de drietrapsraket? Opzet op het toepassen van ‘enig geweld’ volstaat, niet vereist is dat het opzet is gericht op ‘vuurwapengeweld’. Dit maakt dat voor het bewijs van geweldsopzet in potentie meer aangrijpingspunten zijn. Het inbreken bij bewustheid van vuurwapenbezit kan een aanwijzing zijn voor de ‘bewuste aanvaarding’ van de kwade kans op geweld, bestaande in het gebruik van het vuurwapen. Maar ook de wetenschap van de aanwezigheid van bewoners in de woning ten tijde van de inbraak kan indiceren dat de medepleger opzet heeft gehad op ‘enig geweld’, bijvoorbeeld bestaande in ‘duwen’ of ‘losrukken’ bij betrapping op heterdaad. Uit de bewijsvoering in het arrest van het hof blijkt overigens niet dat een dergelijke omstandigheid is meegenomen. Mocht de casus aanknopingspunten hebben geboden voor die vaststelling, dan is op basis daarvan verdedigbaar dat de medepleger de kwade kans op geweld ‘bewust’ heeft ‘aanvaard’. Kortom: de zware geweldshandeling van de mededader is het gevolg van de samenwerking, terwijl een eventueel tot licht geweld beperkt opzet niet in de weg staat aan aansprakelijkheid voor het toepassen van zwaar geweld.

Een tweede zaak die ik nader wil belichten, is het Bacchus-arrest.¹⁹¹ De kritiek die in de literatuur is geleverd op dit arrest, betreft niet zozeer de uitkomst – het medeplegen van tweemaal doodslag en eenmaal een poging daartoe – maar vooral de beredenering daarvan. Hieronder zal ik laten zien dat de uitkomst in het Bacchus-arrest dogmatisch beter kan worden verantwoord als de casus wordt benaderd vanuit de drietrapsraket. Daarnaast kan de vaststelling van delictsofzet op de dood van de slachtoffers mogelijk beter worden begrepen tegen de achtergrond van het *principle of contemporaneity* (gelijktijdigheidsbeginsel).¹⁹² Voor inhoudelijk wordt ingegaan op het Bacchus-arrest, eerst enkele woorden over dat beginsel.

Het gelijktijdigheidsbeginsel bleek in te houden dat mens rea en actus reus temporeel samenvallen. Voor het *plegen* van doodslag is vereist dat de actor dodingsopzet heeft op het moment dat deze de gifbeker overhandigt aan het slachtoffer. Het delictsofzet moet dus bestaan ten tijde van het verrichten van de feitelijke delictshandeling. Om tot redelijke aansprakelijkheidsresultaten te geraken, is het gelijktijdigheidsbeginsel in het Engelse recht echter in belangrijk opzicht opgerekt: het beginsel omvat namelijk ook gevallen die in het Duitse en Nederlandse stelsel worden geschaard onder *dolus generalis*.¹⁹³ Dit zijn casus

190 Het thema speelt niet in het Duitse en Engelse stelsel: zowel *Eventualvorsatz* als *foresight* is betrokken op de *mogelijke* intrede van het gevolg. Zie hoofdstuk 2, paragraaf 4.2.2 en hoofdstuk 3, paragraaf 2.4.2.2.

191 HR 8 mei 2001, LJN AB1472, NJ 2001, 480. Zie daarover in ander opzicht paragraaf 3.3.2.3 van dit hoofdstuk.

192 Het beginsel is geïntroduceerd in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.

193 Daarover Blomsma 2012, p. 252–255. De auteur laat zien dat in de heersende opvattingen in Duitsland en Nederland in dergelijke gevallen ook aansprakelijkheid wordt aangenomen voor een voltooid *doleus* gevolgsdelict.

waarin de pleger twee handelingen verricht. De eerste handeling is verricht *met* de door de delictomschrijving vereiste mens rea, terwijl deze handeling *niet* de rechtstreekse oorzaak is van de intreding van het delictsegevolg. De tweede handeling is verricht *zonder* de vereiste mens rea en deze is *wel* rechtstreekse oorzaak van het gevolg. Een op doodslag toegesneden voorbeeld hiervan: de pleger verwondt het slachtoffer met dodingsopzet (eerste handeling), hij vermoedt het lijk in een kanaal te deponeren maar in werkelijkheid veroorzaakt hij de verdrinkingsdood van het nog levende slachtoffer (tweede handeling). In een dergelijk geval is toch voldaan aan het gelijktijdigheidsbeginsel. De reden is dat beide handelingen worden geacht in zodanig nauw verband met elkaar te staan, dat zij in juridisch opzicht een eenheid vormen. Dat wil zeggen: zij worden beschouwd als een ‘voortdurende gedraging’. Op basis daarvan mag ook de eerste handeling als oorzaak worden aangemerkt van de levensberoving van het slachtoffer.¹⁹⁴ Zolang de causale keten niet wordt doorbroken, kunnen opeenvolgende handelingen worden beschouwd als een voortdurende gedraging.¹⁹⁵ Aan het gelijktijdigheidsbeginsel is voldaan wanneer de pleger op enig moment tijdens de voortdurende gedraging – dus ten tijde van het verrichten van de eerste óf tweede handeling – heeft gehandeld met de vereiste mens rea. Om die reden heeft de pleger in het voorbeeld een voltooide doodslag begaan.

Overgeheveld naar *medeplegen* houdt het principe of contemporaneity in dat het delictsoptzet van de medepleger temporeel moet samenvallen met het (bewust en) nauw samenwerken – de deelnemingsgedraging – met de mededader. Die samenwerking kan zich uitstrekken over een lange tijdsperiode: het beginpunt kan immers liggen ver voor de uitvoering van het delict, en de samenwerking duurt in beginsel voort totdat het gezamenlijk plan is uitgevoerd.¹⁹⁶ In de tussenliggende periode kan de bewuste en nauwe samenwerking worden begrepen als een ‘voortdurende gedraging’. Het komt mij redelijk voor het gelijktijdigheidsbeginsel ook in de context van medeplegen een ruime invulling te geven: er is voldaan aan het beginsel wanneer de medepleger in enig stadium van de samenwerking delictsoptzet heeft gehad, zolang de feitelijke delictshandeling van de mededader in causaal verband staat met de samenwerking. In dat geval is de causale keten immers niet doorbroken. Wat betekent deze invulling van het principe of contemporaneity voor de vaststelling van het dodingsopzet van de medepleger in het Bacchus-arrest?

194 Vgl. Ormerod 2011, p. 139-141. De actus reus is ‘part of a larger transaction’.

195 Vgl. Ormerod 2011, p. 140-141. De schrijver spreekt van het ‘causation principle’. Een doorbreking van de causale keten kan bestaan in een handeling die geen voortzetting is van de ‘wrongdoing’ – bijvoorbeeld: de tot inkeer gekomen pleger verleent op onjuiste wijze eerste hulp aan het niet-levensgevaarlijk gewonde slachtoffer, waardoor deze overlijdt.

196 De samenwerking kan ook eindigen doordat de medepleger zich rechtsgeldig terugtrekt. Zie daarover in de context van jce-aansprakelijkheid hoofdstuk 3, paragraaf 2.4.2.1 jo. 2.4.2.4. Aan dat thema besteed ik verder geen aandacht.

In die zaak werd de medepleger met zijn mededader café Bacchus uitgezet. In dat café hadden deze meerdere keren de confrontatie gezocht met derden. De medepleger haalde vervolgens een vuurwapen op. Dat wapen werd hem afgenomen door zijn mededader. Samen keerden beiden terug naar het café. Tevergeefs deden zij pogingen die horecagelegenheid binnen te dringen; de portiers hielden de deur gesloten. Op een gegeven moment trok de mededader het vuurwapen, en schoot hij meerdere malen gericht op een portier die zich achter de deur bevond. Op basis van dat schieten werd de medepleger – die het vuurwapen in het spel had gebracht – veroordeeld voor het medeplegen van twee keer doodslag en een poging daartoe. Dat oordeel hield stand in cassatie. De Hoge Raad overwoog dat het hof heeft kunnen oordelen dat het ‘voorwaardelijk opzet van de verdachte was gericht op het gebruik van het vuurwapen door zijn mededader en op de levensberoving van de slachtoffers’.

De kritiek die in de literatuur is geuit op dit arrest, betreft als eerder gememoreerd de wijze waarop tot deze uitkomst wordt gekomen: de medepleger zou voorwaardelijk opzet hebben gehad op het schieten door zijn mededader, terwijl de feitelijke vaststellingen de schijn wekten dat dit schieten voor de medepleger onverwacht kwam.¹⁹⁷ In mijn optiek hoeft het delictsoptzet zich niet uit te strekken tot die feitelijke handeling. Voldoende is dat de gezamenlijke gevaarstelling daarop is betrokken. Daarvan is sprake.¹⁹⁸ Het medeplegen van meermaals (poging tot) doodslag vereist daarnaast dat gezamenlijk de aanmerkelijke kans is gecreëerd op de dood van ten minste drie slachtoffers, en dat de medepleger die kans bewust heeft aanvaard. Uitgaande van een ruime invulling van het gelijktijdigheidsbeginsel, volstaat dat de medepleger op enig moment gedurende de samenwerking dat dodingsopzet heeft gehad. Dit dodingsopzet lijkt aanwezig te zijn geweest ten tijde van het ophalen van het vuurwapen: die handeling is naar uiterlijke verschijningsvorm gericht op gewild gebruik daarvan tegen derden die zich in café Bacchus bevonden.¹⁹⁹ Dat de kans op het gebruik van dat wapen wellicht verminderde nadat de mededader het wapen had afgepakt, is mijns inziens irrelevant, zelfs indien de kans op de dood van drie slachtoffers in die gewijzigde situatie niet meer ‘aanmerkelijk’ zou zijn geweest. Er is immers een moment geweest waarop het delictsoptzet van de medepleger samenviel met de bewuste en nauwe samenwerking met zijn mededader, en de feitelijke dodingshandeling is het gevolg van die samenwerking. Deze redenering biedt in mijn ogen een betere grondslag voor de vaststelling van het vereiste opzet. Voor het bewijs van voorwaardelijk dodingsopzet op drie slachtoffers is niet nodig dat wordt vastgesteld dat de medepleger opzet heeft gehad op het schieten door de mededader, want opzet op de levensberoving van anderen volstaat.

197 Zie voor die kritiek hoofdstuk 1, paragraaf 5.4.2.

198 Aan dat causaliteitsoordeel is aandacht besteed in paragraaf 3.3.2.3 van dit hoofdstuk.

199 Dat de mededader op dat moment mogelijk geen dodingsopzet heeft gehad is niet van belang. Gezamenlijk (soortgelijk) delictsoptzet is in mijn optiek immers niet vereist voor medeplegen. Meer hierover in paragraaf 3.6.2 en 3.6.4.4.

4 Besluit

In dit onderzoek heb ik veel gewicht toegekend aan de aard van medeplegen als verschijningsvorm van plegen. Medeplegers staan op gelijke voet met de pleger. Deze aard van de aansprakelijkheidsgrond is leidend geweest voor de inhoudsbepaling van medeplegen die ik heb verdedigd.

Met het oog daarop zou de ‘bewuste en nauwe samenwerking’ in mijn ogen een *gelijkwaardige samenwerking* moeten impliceren, waarin elke medepleger bewust een wezenlijke bijdrage heeft geleverd. Zo blijft het eigen aandeel dat de medepleger heeft in het plaatsvinden van het delict in het spoor van het aandeel dat de fysieke en functionele pleger daarin hebben. De gelijkwaardigheid van de samenwerking – afgemeten aan het gewicht van de bijdragen die de afzonderlijke medeplegers leveren – bewerkstelligt dat medeplegen een horizontale structuur heeft. Die gelijkwaardigheid waarborgt dat een actor die slechts een marginale rol speelt in de samenwerking, geen feitelijke delictshandeling als *eigen* handeling voor zijn rekening krijgt. Hij is hoogstens medeplichtige.

Het hiervoor ontwikkelde aansprakelijkheidsmodel ziet op de aansprakelijkheid van de medepleger voor het deel van het strafbaar feit – de nadruk heeft gelegen op opzetdelicten – dat door zijn mededader wordt vervuld. De omvang van die aansprakelijkheid wordt bepaald door een *drietrapsraket*: samenwerking, causaliteit en schuldverband. Ik heb verdedigd dat de verantwoordelijkheid voor de feitelijke delictshandeling van de mededader een causaliteitsoordeel is dat vertrekt bij het gevaar dat de medeplegers gezamenlijk in het leven hebben geroepen – dit zijn de gevaren die de uitvoering van het gezamenlijk plan begeleiden. Het delictsoptzet, het derde deel van de drietrapsraket bij het medeplegen van een opzetdelict, is individueel van aard en enkel gericht op de door opzet bestreken delictsbestanddelen.

In dit model komt de aanverwantschap van medeplegen en fysiek onderscheidenlijk functioneel plegen naar voren: de verantwoordelijkheid voor de feitelijke delictshandeling berust op een (in)directe machtsrelatie tot die handeling. De fysieke pleger heeft fysieke – en daarmee directe – macht over de feitelijke delictshandeling. De functionele pleger en medepleger staan in een indirecte machtsrelatie tot die handeling. De functionele macht die de functionele pleger heeft over de ondergeschikte maakt dat de functionele pleger verantwoordelijk is voor de feitelijke delictshandeling van de ondergeschikte die als gevolg mag gelden van zijn eigen gedraging. De verantwoordelijkheid van de medepleger berust op dezelfde structuur: de gezamenlijke macht die de medeplegers hebben over de invulling van de samenwerking maakt dat de medepleger verantwoordelijk is voor de feitelijke delictshandeling van de mededader die als gevolg mag gelden van de samenwerking. Die samenwerking heb ik geduid met de term gezamenlijke gevaarstelling.

Dat de verantwoordelijkheid voor de feitelijke delictshandeling berust op macht en causaliteit, toont niet alleen de bedoelde aanverwantschap met Nederlandse aansprakelijkheidsgronden. Het vergemakkelijkt de benadering van het thema ‘feitelijke afwijkingen’ – de feitelijke delictshandeling wijkt af van de voorstelling die de samenwerkende actor zich heeft gemaakt van die handeling.

Die feitelijke afwijkingen bleken bij de aansprakelijkheid van de Mittäter voor erfolgsqualifizierte Delikte voor hoofdbrekens te zorgen, omdat het Vorsatz van de Mittäter gericht moet zijn op de feitelijke delictshandeling die het kwalificerend gevolg rechtstreeks veroorzaakt. De consequentie van die opzeteis is dat het Vorsatz wordt verruimd door middel van toerekeningsregels, en dat het opzetoordeel een ondoorzichtig gebeuren wordt. Het rechterlijk oordeel verliest hierdoor aan begrijpelijkheid en zeggingskracht. In het door mij verdedigde model is opzet op de feitelijke delictshandeling in het geheel niet vereist: de verantwoordelijkheid voor die handeling hangt af van een causaliteitsoordeel dat aanknoopt bij het gevaar dat de medeplegers gezamenlijk hebben geschapen. Hierdoor verplaatst het thema ‘feitelijke afwijkingen’ zich van het domein van ‘delictsopzet’ naar het domein van ‘causaliteit’. Dat heeft twee voordelen. In de eerste plaats wordt het opzet van de medepleger in hoge mate ontlast: het opzet hoeft niet te worden aangekleed met toerekeningsregels, welke al dan niet worden geëxpliciteerd, die anders benodigd zijn om te voorkomen dat niet-wezenlijke afwijkingen het opzet van de medepleger aantasten. In de tweede plaats biedt de causaliteitsmaatstaf bij uitstek ruimte om toerekeningsfactoren te expliciteren.

In het model is gezamenlijk (soortgelijk) delictsopzet niet vereist. Medeplegen is in mijn ogen gebaseerd op het gezamenlijk scheppen van een gevaar dat een strafrechtelijk relevant voorval plaatsvindt, op basis waarvan ten minste een van de actoren strafrechtelijk aansprakelijk is. Los van studeerkamergevallen waarin de medepleger bewust en nauw kan samenwerken met een niet-strafbare handlanger, betekent dit voor het medeplegen van een opzetdelict dat het opzet van de medeplegers mag uiteenlopen. Het door de delictsommschrijving vereiste opzet is individueel van aard en betrokken op de bestanddelen. Toegepast op het medeplegen van doodslag leidt het door mij verdedigde model ertoe dat de verantwoordelijkheid voor de feitelijke dodingshandeling van de mededader afhangt van het hierboven genoemde causaliteitsoordeel, terwijl de medepleger opzet moet hebben op de gesubjectieerde bestanddelen van doodslag (‘levensberoving van een ander’). Dat de mededader een ander slachtoffer van het leven berooft dan de medepleger beoogde, tast het opzet van laatstgenoemde niet aan. Die afwijking kan enkel van betekenis zijn bij het causaliteitsoordeel. De aansprakelijkheid van de medepleger valt evenmin weg indien de mededader geen dodingsopzet heeft gehad (uiteenlopend schuldverband).

Het in dit hoofdstuk naar voren gebrachte algemene aansprakelijkheidsmodel voor medeplegen biedt in mijn optiek een werkbaar dogmatisch kader, waarin én ruimte is ingebouwd om toerekeningsfactoren te verdisconteren (causaliteit) én de aansprakelijkheid van de medepleger voldoende is begrensd doordat het door de delictsommschrijving vereiste schuldverband leidend is voor diens aansprakelijkheid. Blijft staan dat ook het door mij verdedigde model geen Haarlemmerolie is. Het bewijs van delictsopzet – ook al is dat louter betrokken op bestanddelen – kan nog steeds leiden tot hoofdbrekens. Vermoedelijk is dit tot op zekere hoogte met de aard der zaak gegeven, omdat het delictsopzet in veel strafzaken louter objectiverend is vast te stellen. Het model heeft in dat opzicht in ieder geval voor op het gebruik van globaal opzet, dat helder is waarop het opzet van de medepleger is gericht.

Zusammenfassung

Die vorliegende Studie behandelt eine Facette von medeplegen (vergleichbar mit der Mittäterschaft): die Haftung des medeplegers über den Teil des Vorsatzdeliktes den sein Komplize erfüllt. Insbesondere geht es um den Fall, in dem die Deliktausführung abweicht von der Vorsatzvorstellung des medeplegers. Diese Abweichung liegt meist in der *konkreten Tathandlung*. Der Komplize verrichtet z.B. eine andere Handlung als es sich der medepleger vorgestellt hat (einen ‚Messerstich‘ statt einem ‚Faustschlag‘), wodurch eine schwerere Folge auftritt als der medepleger sich vorgestellt hatte (der ‚Tot‘ tritt ein, während der medepleger sich nur eine ‚körperliche Verletzung‘ vorstellte). Haftet in diesem Fall der medepleger für die abweichende konkrete Tathandlung und deren Folgen, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen geschieht dies? In der vorliegenden Studie wird untersucht welche Faktoren bei der Feststellung von der Haftung des medeplegers über den durch den Komplizen ausgeführten Teil des Vorsatzdeliktes, eine Rolle spielen (sollten), und auf welche Art und Weise diese Faktoren in einen strafrechtlichen Zusammenhang gebracht werden können. Für die Studie wurde ein Rechtsvergleich gewählt. Um eine Übersicht der obigen genannten Faktoren und dem strafrechtlichen Zusammenhang zu erlangen, wird medeplegen verglichen mit den Beteiligungsformen der *Mittäterschaft* und der *Joint Criminal Enterprise (JCE)*. Die drei Beteiligungsformen haben gemein daß die mitwirkende Person für die konkrete Handlung eines anderen (dem Komplizen) haftet, wenn die Handlung im Rahmen des Zusammenwirkens ausgeführt wurden. Im Folgenden wird eine äußerst komprimierte Zusammenfassung der Studienergebnisse wiedergegeben.

Medeplegen und Mittäterschaft werden als Formen von plegen, beziehungsweise Täterschaft betrachtet, wobei der fysieke Pleger (unmittelbare Täter) das Delikt eigenhändig begeht, der doer pleger (mittelbare Täter) das Delikt durch einen anderen begeht und der medepleger (Mittäter) das Delikt mit einem anderen begeht. Die Voraussetzungen für ‚Medeplegen‘ und Mittäterschaft sind sehr ähnlich. So wird in beiden Fällen einer bewußten Zusammenwirkung mit einem anderen erfordert und muß jeder medepleger/Mittäter einen *ausreichenden Beitrag* zu dem Delikt leisten haben. Zudem muß der medepleger/Mittäter denselben *opzet/ Vorsatz* haben wie der pleger/Täter (in der Regel reicht voorwaardelijke opzet/Eventualvorsatz aus); der Tatbestand bestimmt welche Tatumstände der Vorsatz umfaßt. Sind Tatumstände für den pleger/Täter objektiviert, so gelten diese auch für den medepleger/Mittäter. Im Gegensatz zur Mittäterschaft ist jedoch auch dann die Sprache von medeplegen, wenn es sich nicht um Vorsatzdelikte handelt (sondern z.B. Fahrlässigkeitsdelikte).

Der JCE-Teilnehmer ist im Gegensatz dazu lediglich ein Teilnehmer

(secondary party) an dem Delikt des Täters (principal). Es handelt sich um ein JCE, wenn zwei oder mehr Personen das *gemeinsame Ziel* ins Auge gefasst haben um ein Delikt zu begehen (common purpose). In dem Falle haftet der JCE-Teilnehmer für jedes Delikt das sein Komplize begeht, solange das betreffende Delikt als Risiko gilt das mit der Ausführung des gemeinschaftlichen Zieles verbunden ist (*attendant risk*) und der JCE-Teilnehmer die Begehung dieses Deliktes als Möglichkeit *vorhergesehen* hat (foresight of a possibility). Die foresight-Anforderung die von dem JCE-Teilnehmer verlangt wird, erstreckt sich auf dieselbe die Tatumstände, welche das mens rea des principal umfassen muß. Ein wichtiger Unterschied zwischen medeplegen und Mittäterschaft ist es daß das mens rea des JCE-Teilnehmer auch das mens rea des principal umschließen muß.

Die *mens rea* (opzet/ Vorsatz/foresight) schränkt die Haftung der mitwirkenden Person für Tathandlungen des Komplizen und deren Folgen ein. Es wird überwiegend vertretbar gefunden um die mitwirkende Person, für die durch seinen Komplizen verursachten Folgen, mithaftbar zu machen. Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar daß mens rea eine normative Zuschreibung beinhaltet.

Beim *medeplegen* kommt die normative Zuschreibung z.B. in der Bestimmtheit des Vorsatzobjektes zum Ausdruck: zwar muß der Vorsatz sich auf die Tatumstände des Vorsatzdeliktes beziehen, er umfaßt jedoch nicht die Einzelheiten der Deliktsausführung (global opzet). Handlungen die von der Vorsatzvorstellung des medeplegers abweichen, können in der Regel zum Vorsatz zugerechnet werden. Der medepleger welcher die Mißhandlung (Körperverletzung) durch einen Faustschlag (Tathandlung) beabsichtigt, haftet darum auch für die Mißhandlung (Körperverletzung) oder die Mißhandlung mit Todesfolge (Körperverletzung mit Todesfolge), wenn sein Komplize dem Opfer an Stelle des Faustschlages einen tödlichen Messerstich versetzt. Außerdem der Tatsache daß das Vorsatzobjekt hochgradig unbestimmt ist, werden in der Rechtssprechung geringe Vorraussetzungen an den Beweis der psychischen Elemente des Eventualvorsatzes gestellt: wenn der Komplize bei der Ausführung des gemeinsamen Mordplans unvorhergesehene Todesopfer verursacht, wird in der Rechtssprechung leicht angenommen daß der medepleger die beträchtliche Möglichkeit (*aanmerkelijke kans*) auf diese Todesopfer bewußt in Kauf genommen hat.

Im Gegensatz zum medepleger muß der Vorsatz des *Mittäters* die konkret-individuelle Tatumstände umfassen (Konkretisierungstheorie). Der Vorsatz kennzeichnet sich in der Rechtssprechung allerdings durch eine weit bemessene normative Zuschreibung aus. Diese bewirkt daß der Vorsatz auch unvorgestellte Ausführungsweisen umfassen kann. Die normative Zuschreibung taucht in vier Aspekten der Mittäterhaftung auf. Der erste Aspekt ist daß der gemeinsame Tatplan – der gemeinsame Vorsatz der Mittäter – nur dann als auf eine bestimmte Ausführungsweise beschränkt betrachtet wird, wenn festgestellt werden kann daß eine *risikolimiterende Abrede* besteht. Der zweite Aspekt betrifft die *Exzessregeln*. In dem Deutschen Lehre wird die Einschränkung der

Haftung als eine normale Frage der Vorsatzlehre betrachtet: der Vorsatz umfaßt entsprechend den allgemeinen Regeln auch unwesentliche Abweichungen im Kausalverlauf. Die Exzessregeln geben eine genauere Umschreibung für die Kategorie der unwesentlichen Abweichungen: der Vorsatz umfaßt in der Regel a) vorhersehbare Tathandlungen, b) welche gleichwertig sind mit der Handlung die der Mittäter sich vorgestellt hat, c) wie auch mit Handlungen gegenüber denen der Mittäter sich völlig gleichgültig verhält. Das dritte Aspekt bei dem die normative Zuschreibung des Vorsatzes auftaucht, ist die Haftung des Mittäters für einen Tatbestandsirrtum seines Komplizen (z.B. *error in persona*). Die Zuschreibung wird durch die Gleichstellung des Täters und des Mittäters begründet. Somit muß ein Tatbestandsirrtum der für den Vorsatz des Täters irrelevant ist, auch für den Vorsatz des Mittäters irrelevant sein. Das vierte Aspekt betrifft die Haftung auf der Grundlage der *sukzessiven Mittäterschaft*: der Mittäter haftet für eine Handlung die im Wesentlichen abweicht von der Vorsatzvorstellung, wenn der Mittäter diese Handlung im Nachhinein gutheißt und ausnützt. Diese juristische Konstruktion wird in die herrschende Lehre zu Recht zurückgewiesen. Das Vorhergegangene veranschaulicht daß die normative Zuschreibung bei dem Vorsatz des Mittäters expliziter zum Ausdruck kommt als bei dem Vorsatz des medeplegers. Ein weiterer Unterschied zum medeplegen ist es, daß die Antwort auf die Frage ob die konkrete Handlung des Komplizen ein Vorsatzobjekt darstellt, abhängig ist von der *Deliktstypen* wofür der Mittäter haftet. Bei einem vorsätzlichem Erfolgsdelikt braucht sich der Vorsatz nicht notwendigerweise auf die konkrete Handlung des Komplizen zu beziehen. Bei einem erfolgsqualifiziertem Delikt hingegen muß sich der Vorsatz allerdings sehr wohl auf eine konkrete Handlung beziehen. Diese letztere Voraussetzung ist verbunden mit der Voraussetzung daß ein tatbestandstypischer Zusammenhang besteht zwischen dem Grunddelikt und seiner Folge. In einer alternativen Auffassung der Rechtsprechung – Rechtsprechung zur Körperverletzung mit Todesfolge – hat der Bundesgerichtshof entschieden daß der Vorsatz sich überhaupt nicht auf die konkrete Handlung beziehen muß.

Ebenfalls wie bei dem opzet und dem Vorsatz, muß sich die foresight auf die Tatumstände des Vorsatzdeliktes beziehen. Gleichwohl der Mittäterschaft wird in dem Fall der JCE-Haftung auf ähnliche Weise der Art der Abweichung Gewicht beigemessen: ein *Tatbestandsirrtum* des Komplizen steht der Haftung des JCE-Teilnehmers nicht im Wege. In dem Falle daß der Komplize fahrlässig von der Ausführung des gemeinsamen Tatplans abweicht, haftet der JCE-Teilnehmer nicht ohne weiteres. Die Haftung des JCE-Teilnehmers wird in diesen Fällen durch drei Grundregeln begrenzt. Die erste Grundregel beinhaltet daß die konkrete Tathandlung in auszureichendem Zusammenhang mit dem common purpose stehen muß (*Voluntary and Causally Independent Principal*). Des Weiteren wird die Haftung durch die *Express Limited Authority* begrenzt. Dies bedeutet daß die an die Komplizen bekannt gegebenen Beschränkungen bezüglich der Ausführungsweise des Deliktes, die Haftung des JCE-Teilnehmers begrenzen können. Beide Grundregeln haben letztendlich jedoch kaum eine haftungseinschränkende Wirkung: eine erkenntliche Einschränkung im Bezug auf die Ausführungsweise des Tatplans wird nur selten als äußerste Begrenzung

des Tatplans gewertet. Demnach gleicht eine Einschränkung nicht aus, wenn der JCE-Teilnehmer vorhergesehen hat daß sein Komplize möglicherweise von der verabredeten Ausführungsweise abweichen würde. Die dritte Grundregel – die *fundamentally different act-rule* – beschränkt den Umfang der Haftung für erfolgsqualifizierte Delikte, wie Mord: die von dem JCE-Teilnehmer vorhergesehene und durch den Komplizen begangene Gewalthandlungen, müssen im Bezug auf Lebensgefahr, in ausreichendem Masse miteinander korrespondieren. Somit wird verhindert daß die Haftung des JCE-Teilnehmers bezüglich dieser Deliktstypen einen zu großen Umfang bekommt.

Es hat Nachteile daß die Haftung für Abweichungen im Rahmen des mens rea (opzet/Vorsatz/foresight) ausgelegt wird. Diese Herangehensweise erwirkt daß der Prüfung von dem mens rea durch eine (verborgene) normative Zuschreibung gekennzeichnet ist. Diese Komponente bewerkstelligt daß die Feststellung von dem mens rea gelegentlich undurchsichtig ist. Das richterliche Urteil verliert hierdurch an Deutlichkeit und Aussagekraft. Bei der Feststellung des mens rea scheinen noch weitere Faktoren eine Rolle zu spielen. Der mögliche Unterschied zwischen der Haftung bei einer fahrlässigen gegenüber einer vorsätzlichen Abweichung, läßt sich z.B. nicht ausschließlich aus dem mens rea der mitwirkenden Person erklären: ob das mens rea einen ‚Messerstich‘ durch seinen Komplizen umfaßt oder nicht, ist unabhängig davon ob der Komplize mit dieser Handlung den gemeinsamen Tatplan ausführen wollte. Die Lehre von der objektiven Zurechnung des Handlungserfolges – ob die konkrete Handlung als eine Folge der Zusammenwirkung betrachtet wird – spielt in jeder Rechtsordnung im Hintergrund eine Rolle bei der Frage ob die Handlung und deren Folge der mitwirkenden Person zugerechnet werden darf.

Im Hinblick auf medeplegen wird in dem abschließenden Kapitel der Standpunkt vertreten, daß der objektiven Zurechnung des Handlungserfolges selbstständig geprüft werden muß bei der Einschränkung der Haftung des Komplizen. Es wird vertreten daß medeplegen basiert ist auf einer gemeinsamen Gefahrschaffung. Die Haftung des medeplegers kann in drei Stufen eingeteilt werden: den Umfang des Zusammenwirkens, die objektive Zurechnung des Handlungserfolges (causaliteit) und die Prüfung des subjektiven Unrechtstatbestandes (schuldverband). Der Umfang des *Zusammenwirkens* wird durch drei Faktoren bestimmt: den gemeinsamen Plan im Sinne der Vereinbarungen, die gefahrschaffenden Handlungen die der medepleger selbst ausgeführt hat (z.B. eine Schußwaffe ins Spiel zu bringen schafft die Gefahr daß der Komplize von der Waffe gebrauch machen könnte) und das Bewußtsein über der Umstände oder Gefahren, welche die Ausführung des gemeinsamen Plans mit sich bringt (z.B. das Wissen darüber daß der Komplize eine Waffe mitführt). Das Zusammenwirken stellt den Ausgangspunkt dar für die Feststellung ob die konkrete Handlung mit jenem in einem kausalen Verhältnis steht. Das Thema ‚Abweichungen‘ bewegt sich von dem Bereich des ‚opzet‘, hin zu dem Bereich der *objektiven Zurechnung* des Erfolges. Dies hat Vorteile. So muß der Vorsatz keine Exzessregeln enthalten im Hinblick auf die Haftung für unwesentliche Abweichungen. Des Weiteren ist der Maßstab der objektiven

Zurechnung des Erfolges besonders geeignet um Zurechnungsfaktoren zu explizieren. Die dritte Stufe betrifft die Prüfung des *subjektiven Tatbestandes* (schuldverband). In dem Falle von medeplegen des Vorsatzdeliktes beinhaltet dies den opzet bezüglich der Tatumstände. Dieser ‚schuldverband‘ nimmt ausschließlich Bezug auf die Tatumstände im Sinne der Gleichwertigkeitstheorie, und somit nicht auf die konkrete Ausführungsweise.

Summary

In Dutch law all medeplegers (somewhat comparable to participants in a joint criminal enterprise) can contribute to the actus reus of the offence. The present thesis explores an aspect of medeplegen, that is the liability of the medepleger regarding the part of the actus reus performed by the other medepleger. This legal question is being discussed within the scope of crime of intent. In particular, the question may be at issue in cases in which the act that D1 does in committing the conduct element, is *factually different* from the act that D2 expected him to commit. For example, instead of punching the victim D1 is using a knife, causing a more serious consequence than expected by D2 ('death' instead of 'some harm'). Is D2 liable for such a variation in performance? This thesis examines which legal principles (should) determine the liability of the medepleger for the particular act committed by his companion. A comparison is being made between three modes of participation in crime: medeplegen (Dutch law), Mittäterschaft (German law) and joint criminal enterprise (law of England and Wales). An important similarity between these modes lies therein, that acts of collaborators performed in the course of the common plan are mutually attributable.

First, some introductory remarks will be made about the three modes of participation in hand. After that, a very short account will be given of the results of the enquiry.

Medeplegen and Mittäterschaft are considered to be forms of principalship: the medeplegers respectively Mittäter jointly commit the offence. The requirements for medeplegen and Mittäterschaft are more or less the same. Both modes of liability require *knowledge* as to an ongoing collaboration and a more or less *essential contribution* to the crime. Furthermore, the medepleger respectively Mittäter needs to satisfy the *mens rea* as required by the offence. In case of crime of intent, that condition is satisfied by proof of *dolus eventualis*/conditional intent ('voorwaardelijk opzet' respectively 'Eventualvorsatz'). When related to the consequence element, *dolus eventualis* means foresight and acceptance of a (substantial) risk that the result will occur. However, if a crime does not require *mens rea* as to one or more elements in the actus reus (crime of strict liability), it is unnecessary for the prosecution to tender evidence of *mens rea* as to that matter of strict liability. As opposed to Mittäterschaft, medeplegen is also applicable to crime of negligence and crime of strict liability.

In contrast to medeplegen and Mittäterschaft, participation in a joint criminal enterprise is a form of secondary participation: the secondary party does not cause the actus reus of the offence. The core case of joint enterprise liability is where two or more parties, D1 and D2, have a *common purpose* to

commit one crime, and, *in the course* of committing that offence, D2 will be liable for a collateral offence as a secondary party if he *foresaw* that D1 *might* commit that offence *with the necessary mens rea* (not required in case of medeplegen or Mittäterschaft).

The requisite mens rea (conditional intent/recklessness) limits the liability of the co-participant for variations in the details of the conduct element. In the event of variations, authorities suggest that as a rule it is fair to hold the co-participant criminally responsible for the consequence caused ('liability for the whole'). From that point of view, it can be explained that a normative element is intrinsic to the requirement of mens rea.

In case of *medeplegen* this normative element comes to surface in different ways. Firstly, it plays a role with respect to the *definition of essential matters* as to which conditional intent (voorwaardelijk opzet) relates: conditional intent refers to 'objective elements' of crime of intent, but does not relate to the 'specific manner' in which the crime is executed. For that reason, a variation in performance regarding the conduct element of the crime – the particular act ('using a knife' with the consequence of 'death') is factually different from the act that the medepleger expected ('punching' with the consequence of 'injury') – will only very exceptionally negate conditional intent. As a general rule, the medepleger will be liable for the infliction of injury with conditional intent (mishandeling), or the infliction of injury with the consequence of death (mishandeling de dood ten gevolge hebbende; a form of constructive liability). Secondly, the normative element comes to play regarding the *standard of proof* as to the cognitive and volitional element of conditional intent (foresight and acceptance of a (substantial) risk)). In practice, the standard of proof seems to be very low.

In contrast to medeplegen, in case of *Mittäterschaft* conditional intent (Eventualvorsatz) must relate to the 'specific way' in which the objective elements of the crime were fulfilled (Konkretisierungstheorie). For that reason, a variation in performance is an issue of correspondence. Nonetheless, in many cases a non-conceived mode of execution does not negate conditional intent, because of the broad scope that conditional intent actually has in jurisprudence. This can be illustrated within the framework of four topics. The first topic is related to the *interpretation of the common plan*: common conditional intent (gemeinsame Vorsatz) is only valued as specified to a certain mode of execution of the crime, when alternative modes of execution are more or less explicitly excluded by the common plan (risikolimitierende Abrede). Second, the principle of correspondence is interpreted in a broad way, thus preventing minor variations to be negating conditional intent. Due to the so called '*Exzessregeln*' as employed by the Bundesgerichtshof (BGH), conditional intent has a broad sweep: as a rule conditional intent encompasses acts of the other participant which are 'foreseeable' or 'equal' to the particular acts conceived by the co-participant, or, in conclusion, acts to the performance of which the co-participant has a 'totally indifferent' attitude. Third, the broad scope of conditional intent is noticeable concerning the liability for *mistake of fact* – for example, a error in persona/

objecto – by the *other participant*. As a rule, the Mittäter is liable for mistakes that are being made by his henchman. This legal consequence is based on the equalization of Mittäter and Täter (both are principals): if a mistake does not negate the intent of the Täter, it may also not exclude the intent of the Mittäter. Fourth and finally, the liability of the Mittäter is broadened by the principle of *sukzessive Mittäterschaft* as applied by the BGH. Contrary to the principle of contemporaneity (Koinzidenz), sukzessive Mittäterschaft creates liability for substantial deviations of the common plan, provided that the Mittäter ‘endorses’ the deviating act before the materialization of the consequence element and that he ‘takes advantage’ of that act by continuing to participate in the common enterprise. The foregoing illustrates that in comparison to medeplegen, within the framework of Mittäterschaft the normative element of conditional intent is applied (and discussed) in a more explicit way. Furthermore, a second difference lies in the fact that the issue whether or not conditional intent must relate to the ‘particular act’ of the other participant, is influenced by the *type of offence* for which the Mittäter is kept accountable. In case of crime of intent, conditional intent does not have to relate to the particular act. In contrast, in case of constructive crime such as Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB), conditional intent must encompass the particular act of violence which killed the victim. That requirement arises from the requisite ‘tatsbestandstypische Zusammenhang’: the manner in which the basic offence (Raub) is executed, must create a typical risk of death occurring (Todesfolge). However, in an alternative line of jurisprudence concerning the constructive crime Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), the BGH has laid down that conditional intent does not have to encompass the particular act of deadly violence.

In the event of liability based on participation in a *joint criminal enterprise*, and similar to German law, the type of variation – deliberate or accidental – is an important factor. The participant in such an enterprise is liable for mistake of fact by the principal. Only deliberate variation – the principal for instance deliberately kills another victim than agreed – can be exculpatory. In case of deliberate variation, liability is determined by three principles. First, the liability of a participant in a joint criminal enterprise does not extend to acts of a *Voluntary and Causally Independent Principal*, meaning acts that are not connected with the joint enterprise. Second, concretization concerning the mode of execution of the common purpose can restrict the scope of liability of the aforementioned participant, provided that the concretization is expressed to the principal (*Express Limited Authority*). In fact, both principles are of limited importance. First of all, and similar to German law, an expressed concretization is only rarely valued as a ‘limitation’ regarding the mode of execution. In addition, if so, such a limitation is not exculpatory in effect when the participant has foreseen the possibility that the principal would deviate from the common plan. The *fundamentally different act-rule* makes up the third principle that restricts liability for deliberate deviation of the common plan. This principle limits the liability of the participant in a joint criminal enterprise within the scope of constructive crime, such as murder and manslaughter. The rule prescribes that the participant must not only foresee the possibility of a murder occurring, but also that the dangerousness of the particular

act of violence is similar to the particular act foreseen by the participant. The fundamentally different act-rule prevents the law of murder from going too far.

It is argued that the limitation of liability within the scope of conditional intent respectively recklessness, has some important negative side-effects. For example, this approach has paved the way for an expansion of (hidden) normative elements within these forms of *mens rea*. The (hidden) role that normative elements play within the scope of *mens rea*, sometimes leads to judgements that are hard to grasp with respect to the grounds for finding *mens rea*. Furthermore, in some cases the finding of *mens rea* is influenced by other factors than only foresight (and acceptance) of the risk of the crime occurring. For example, the fact that the nature of deviation – accidental respectively deliberate – can lead to different results with regard to the liability of the co-participant, is not fully explainable from a *mens rea* point of view. Since, the *mens rea* of the co-participant does or does not encompass a certain particular act (for example, the use of a knife), irrespective whether or not the deviation from the common plan was deliberate. It is stated that within the scope of *mens rea*, *causality* plays in fact a key role in establishing liability. The matter whether or not a certain act and consequence may be attributed to the co-participant, is also influenced by causative factors: only acts and consequences being a result of the collaboration, may be subject to mutual attribution.

In the final chapter it is argued with respect to *medeplegen*, that causality must play an independent role – that is, outside the scope of conditional intent – in determining liability of the medepleger. Furthermore, it is stated that *medeplegen* is grounded on jointly bringing about the crime (*gezamenlijke gevaarzetting*): acts and consequences that could reasonably have been foreseen by the medepleger may be attributed to him. It is argued that the determination of the liability of the medepleger is to be approached in three stages: the scope of the collaboration, causality and *mens rea*. The scope of *collaboration* is determined by three factors: the substance of the common plan (which may be inferred from agreements made), dangerous acts committed by the medepleger himself (for example, supply of weapons creates a risk of use) and attendant risks foreseen by the medepleger (for example, the medepleger knows that his companion is carrying a weapon during the execution of the common plan). The scope of collaboration forms the starting point in the *causation* enquiry, that is: may the collaboration count as legal cause of the particular act performed by the other participant (kicking, using a knife and so on)? An important consequence of the role of causation uphold, is that the issue of factual differences between the act performed respectively foreseen by the medepleger, is transferred from the requisite *mens rea* to the scope of causality. It is argued that this transfer has certain merits. First of all, in case of crime of intent, the need for normative elements within the scope of ‘opzet’ to safeguard liability for minor deviations from the common plan, diminishes. Moreover, the test of causation is better suited to accommodate normative elements that already play a role within the scope of ‘opzet’. The third part of the three stage approach consists of *mens rea*. In closing, it is stated that *mens rea* should only be related to objective elements as

Summary

defined in the offence, not to any aspect of the manner in which it is performed.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Ambos 2002

K.Ambos, 'Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation – Rechtsvergleichende Überlegungen', in: GA 2002, p. 455 e.v.

Ashworth 2004

A.J. Ashworth, 'Aiding and abetting: mens rea – intention to assist', in: CLR 2004, p. 936 e.v.

Ashworth 2008a

A. Ashworth, 'A change of normative position: determining the contours of culpability in criminal law', in: NCLR 2008, p. 232 e.v.

Ashworth 2008b

A. Ashworth, 'Conceptions of Overcriminalisation', in: Ohio State Journal of Criminal Law 2008, p. 407 e.v.

Ashworth 2009

A.Ashworth, *Principles of criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2009

Baker 2012

D.J. Baker, *Glanville Williams – textbook of criminal law*, London: Sweet & Maxwell 2012

Van Bemmelen/Van Veen 2003

D.H. de Jong en G. Knigge, *Ons strafrecht deel 1: Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003

Block 2008

F.Block, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand* (diss. Passau), Berlin: Duncker & Humblot: 2008

Blomsma 2012

J.H. Blomsma, *Mens rea and defences in European criminal law*, Antwerpen: Intersentia 2012

Bloy 2000

R. Bloy, 'Rezension zu Kamm: Die fahrlässige Mittäterschaft', in: GA 2000, p. 392 e.v.

Bosch 1965

A.G. Bosch, *Het ontstaan van het wetboek van strafrecht* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1965

Brouns 1988

P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het wetboek van strafrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988

Buxton 2009

R. Buxton, 'Joint enterprise', in: CLR 2009, p. 233 e.v.

Card, Cross & Jones 2012

R. Card, A.R.N. Cross en P.A. Jones, *Criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2012

Clarkson 1998

C.M.V. Clarkson, 'Complicity, Powell and manslaughter', in: CLR 1998, p. 556 e.v.

Clarkson, Keating & Cunningham 2010

C.M.V. Clarkson, H.M. Keating en S.R. Cunningham, *Clarkson and Keating criminal law – Text and materials*, London: Sweet & Maxwell 2010

Van Dijk 2008

A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen: over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2008

Dyson 2010

M. Dyson, 'More appealing joint enterprise', in: CLJ 2010, p. 425 e.v.

Eser 2010

A. Eser, '§ 22' (Bearbeiter), in: A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, München: C.H. Beck 2010

Eser/Bosch 2010

A. Eser en N. Bosch, '§ 251' (Bearbeiter), in: A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, München: C.H. Beck 2010

Fahl 2013

C. Fahl, 'Das Ende der Hemmschwellentheorie – Ein Nachruf', in: JuS 2013, p. 499 e.v.

Feilcke 2001

B. Feilcke, *Der Exzeß eines Mittäters bei den erfolgsqualifizierten Straftaten* (diss. Marburg), Marburg: Edition Palatino 2001

Fischer 2009

T. Fischer, '§ 227' (Bearbeiter), in: T. Fischer, O. Schwartz, E. Dreher e.a., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze – Kurzkommentar*, München: C.H. Beck 2009

Frank 1931

R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen: Mohr 1931

Frister 2009

H. Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München: C.H. Beck 2009

Gardner 2007

J. Gardner, *Offences and Defenses: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2007

Gritter 2003

E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2003

Gritter 2007

E. Gritter, 'Functioneel plegen door een natuurlijke persoon', in: J.B.J. van der Leij, *Plegen en Deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007

Gritter 2009

E. Gritter, 'Functioneel daderschap: dogmatische inbedding en praktische uitwerking', in: E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009

Van Hamel 1927

G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Den Haag: Belinfante 1927

Van Hattum 1953

W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht: deel I*, Arnhem: Gouda Quint 1953

Hazewinkel-Suringa 1964

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Groningen: Tjeenk Willink 1964

Heine 2010

G. Heine, 'Vor § 25', '§ 25' (Bearbeiter), in: A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, München: C.H. Beck 2010

Heinrich 2005

M. Heinrich, 'Anmerkung' bij NStZ 2005, 93 (Schweinetrogfall), in: NStZ 2005, p. 95 e.v.

Herring 2012

J. Herring, *Criminal law – Text, cases and materials*, Oxford: Oxford University Press 2012

Horder 1997

J. Horder, 'Two histories and four hidden principles of mens rea', in: LQR 1997, p. 95 e.v.

House of Common Justice Committee 2012a

Joint Enterprise: Eleventh Report of Session 2010-12 (rapport van 17 januari 2012, HC 1597), London: The Stationery Office 2012

House of Common Justice Committee 2012b

Joint Enterprise: Government Respons to the Committee's Eleventh Report of Session 2010-12 (rapport van 20 maart 2012, HC 1901), London: The Stationery Office 2012

De Hullu 2003

J. de Hullu, *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2003

De Hullu 2012

J. de Hullu, *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012

Jescheck/Weigend 1996

H.H. Jescheck en T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Berlin: Duncker & Humblot 1996

Joecks 2011

W. Joecks, '§ 25' (Bearbeiter), in: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Band 1*, München: C.H. Beck 2011

De Jong 2007

D.H. de Jong, 'Vormen van strafbare deelneming', in: J.B.J. van der Leij, *Plegen en Deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007

De Jong 2009a

D.H. de Jong, 'Karakterverschillen tussen medeplegen en medeplichtigheid', in: E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009

De Jong 2009b

D.H. de Jong, 'De psychische component van opzet en schuld in het strafrecht', in: F.A.M.M. Koenraadt e.a. (red.), *Vrijheid en verlangen: liber amicorum A. Mooij*, Den Haag: Boom 2009

De Jong, Van Roomen en Sikkema 2007

F. de Jong, T. van Roomen en E. Sikkema, 'Objectiverende tendensen binnen het voorwaardelijk opzet', in: *Delikt en Delinkwent* 2007, p. 929 e.v.

Kadish 1985

S.H. Kadish, 'Complicity, cause and blame: a study in the interpretation of doctrine', in: *California Law Review* 1985, p. 323 e.v.

Keulen, Vellinga-Schootstra e.a. 2010

B.F. Keulen, F. Vellinga-Schootstra e.a., *Daderschap en deelneming doorgelicht*, Zutphen: Paris 2010

Knigge 2003

G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Glijdende schalen: liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf 2003

Krabbe 2007

H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking', in: J.B.J. van der Leij, *Plegen en Deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007

Krebs 2010

B. Krebs, 'Joint criminal enterprise', in: *MLR* 2010, p. 578 e.v.

Kühl 2012

K. Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München: Franz Vahlen 2012

Lanham 1980

D. Lanham, 'Accomplices and transferred malice', in: *LQR* 1980, p. 110 e.v.

Law Commission 2009

Report Law Commission no. 318: Conspiracy and Attempts, London: The Stationery Office 2009

Law Commission 2007

Report Law Commission no. 305: Participating in Crime, London: The Stationary Office 2007

Law Commission 2006

Report Law Commission no. 300: Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime, London: The Stationary Office 2006

Loth 1988

M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988

Machielse 1990

A.J. Machielse, 'De deelneming; een terugblik', in: H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad:Vermande 1990

Machielse 2011

A.J. Machielse, 'Medeplegen en feitelijke leiding geven', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, A.J. Machielse e.a. (red.), *Levend Strafrecht: liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011

Maurach/Gössel/Zipf 1989

R. Maurach, K.H. Gössel en H. Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Heidelberg: C. F. Müller 1989

Melai/Groenhuijsen

A. L. Melai/M.S. Groenhuijsen, art. 261 Sv, aant. 1 t/m 20 (suppl. 1 februari 2006), in: A. L. Melai/M.S. Groenhuijsen, *Het wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint

Murmann 2008

U. Murmann, 'Zu den Voraussetzungen der (sukzessiven) Beteiligung – zugleich Anmerkung zu BGH, Urt.V. 18.12.2007 – 1 StR 301/07, NStZ 2008, 280', in: ZJS 2008, p. 456 e.v.

Nieboer 1991

W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991

Noyon/Langemeijer 1947

T.J. Noyon, *Het wetboek van strafrecht verklaard - deel 1 (bewerkt door G.E. Langemeijer)*, Arnhem: Gouda Quint 1947

Noyon/Langemeijer en R Emmelink

A.J. Machielse, Opzet, aant. 1 t/m 17 (suppl. 17 juni 2013) en art. 47, aant. 1 t/m 41 (suppl. 1 november 2012) en art. 48, aant. 1 t/m 12 (suppl. 24 maart 2012) en art. 311, aant. 1 t/m 7 (suppl. 1 augustus 2007) en art. 312, aant. 1 t/m 8 (suppl. 1 augustus 2007) en art. 431, aant. 1 t/m 3 (suppl. 1 september 2004), in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. R Emmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer

Ormerod 2011

D. Ormerod, *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2011

Otto 1987

H. Otto, 'Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft', in: JURA 1987, p. 246 e.v.

Paeffgen 2010

H.U. Paeffgen, '§ 227' (Bearbeiter), in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen (red.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch – Band 1*, Baden-Baden: Nomos 2013

Pompe 1959

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1953

Postma 2009

A. Postma, 'De alleenstaande medepleger', in: E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009

Puppe 2007

I. Puppe, 'Der gemeinsame Tatplan der Mittäter', in: ZIS 2007, p. 234 e.v.

Puppe 2011

I. Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden: Nomos 2011

Puppe 2012

I. Puppe, 'Anmerkung' bij BGH 22 maart 2012, NStZ 2012, 384, JR 2012, p. 477 e.v.

Reijntjes 2004

J.M. Reijntjes, 'Opzet of toerekening?', in: *RM Themis* 2004, p. 79 e.v.

Reijntjes 2005

J.M. Reijntjes, *Een afrekening: over het toerekenen van gedrag aan daders en mededaders* (oratie), Deventer: Kluwer 2005

Reijntjes 2007

J.M. Reijntjes, 'Criteria voor toerekening', in: B.F. Keulen e.a. (red.), *Pet af: liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf 2007

Remmelink 1996

J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996

Rengier 1986

R. Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen* (Habilitationsschrift Freiburg), Tübingen: Mohr 1986

Rengier 2008

R. Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, München: C.H. Beck 2008

Rengier 2010a

R. Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München: C.H. Beck 2010

Rengier 2010b

R. Rengier, 'Täterschaft und Teilnahme – Unverändert aktuelle Streitpunkte', in: JuS 2010, p. 281 e.v.

Rengier 2011a

R. Rengier, 'Die Zurechnung von einzelnen objektiven Tatbeiträgen gemäß § 25 Abs. 2 StGB', in: H.U. Paeffgen, M. Böse, U. Kindhäuser e.a. (red.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 2011, p. 849 e.v.

Rengier 2011b

R. Rengier, 'Kein Ende der Erfolgshaftung bei den erfolgsqualifizierten Delikten', in: C. Geisler, E. Kraatz, J. Kretschmer e.a., *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, Berlin: De Gruyter 2011, p. 479 e.v.

Renzikowski 2007

J. Renzikowski, 'Die fahrlässige Mittäterschaft', in: G. Dannecker (red.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln: Carl Heymanns 2007

Rissing-Van Saan 2011

R. Rissing-Van Saan, 'Der bedingte Tötungsvorsatz und die Hemmschwellentheorie des Bundesgerichtshofs', in: C. Geisler, E. Kraatz, J. Kretschmer e.a., *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, Berlin: De Gruyter 2011, p. 497 e.v.

Roxin 2003a

C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band II*, München: C.H. Beck 2003.

Roxin 2003b

C. Roxin, '§ 25' (Bearbeiter), in: B. Jähne, H.W. Laufhütte, W. Odersky, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar – Großkommentar*, Berlin: De Gruyter 2003

Roxin 2006a

C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I*, München: C.H. Beck 2006

Roxin 2006b

C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Achte Auflage), Berlin: De Gruyter 2006

Roxin 2009

C. Roxin, 'Zum Ausscheiden eines Mittäters im Vorbereitungsstadium bei fortwirkenden Tatbeiträgen', in: NStZ 2009, p. 7 e.v.

Rozemond 2009

K. Rozemond, 'Boekbespreking' (bespreking van: A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen: over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen)), in: Delikt en Delinkwent 2009, p. 218 e.v.

Rozemond 2011

K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011

Schild 2013

W. Schild, '§ 25' (Bearbeiter), in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen (red.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch – Band 1*, Baden-Baden: Nomos 2013

Schünemann 2007

B. Schünemann, '§ 25' (Bearbeiter), in: H.W. Laufhütte, R. Rissing-Van Saan, K. Tiedemann, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar – Großkommentar*, Berlin: De Gruyter 2007

Sikkema 2010

E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend in Nederland', in: E. Sikkema en P. Waeterinckx, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevend – in de economische context* (Preadvies NVVS), Nijmegen: Wolf 2010

Simester 2006

A. P. Simester, 'The mental element in complicity', in: LQR 2006, p. 578 e.v.

Simester, Spencer e.a. 2010

A. P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan en G. J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law – Theory and Doctrine*, Oxford: Hart 2010

Smidt I 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van strafrecht. Eerste deel*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891

J.C. Smith 1985

J. C. Smith, 'Commentary' (bij Leahy [1985] Crim LR 99), CLR 1985, p. 99 e.v.

K.J.M. Smith 1991

K.J.M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford: Clarendon Press 1991

Van Sliedregt 2012

E. van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international law*, Oxford: Clarendon Press 2012

Sowada 1995

C. Sowada, 'Die erfolgsqualifizierten Delikte im Spannungsfeld zwischen Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts', in: JURA 1995, p. 644 e.v.

Sowada 2006

C. Sowada, 'Zum Mittäterexzess bei § 227 StGB', in: A. Hoyer, H.E. Müller, M. Pawlik, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: Müller 2006, p. 621 e.v.

Sternberg-Lieben 2010

D. Sternberg-Lieben, '§ 15', '§ 18' (Bearbeiter), in: A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, München: C.H. Beck 2010

Sternberg-Lieben 2012

D. Sternberg-Lieben, 'Der Tatumstandsirrtum', in: JuS 2012, p. 289 e.v.

Strijards 1983

G.A.M. Strijards, *Facetten van dualing in het strafrecht* (diss. Groningen), Gouda Quint 1983

Stuckenberg 2007

C.F. Stuckenberg, 'Körperverletzung mit Todesfolge bei Exzeß des Mittäters', in: M. Pawlik, R. Zaczek e.a., *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Köln: Carl Heymanns 2007, p. 693 e.v.

Sullivan 1994

G.R. Sullivan, 'The Law Commission Consultation Paper on complicity: Part 2: Fault elements and joint enterprise', in: CLR 1994, p. 252 e.v.

Sullivan 2007

R. Sullivan, 'First degree murder and complicity – conditions for parity of culpability between principal and accomplice', in: *Criminal Law and Philosophy* 2007, p. 271 e.v.

Sullivan 2008

R. Sullivan, 'Participating in crime: Law Com No. 305 – joint criminal ventures', in: CLR 2008, p. 19 e.v.

Tekst en Commentaar Strafrecht 2012

C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht: de tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2012

Van Toorenburg 1998

M.M. van Toorenburg, *Medeplegen* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1998

Vellinga/Vellinga-Schootstra 2005

W.H. Vellinga en F. Vellinga-Schootstra, 'Eenheid in daderschap?', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling: liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf 2005

Virgo 2010

G.J.Virgo, 'The doctrine of joint enterprise liability', in: Arch. Rev. 2010, p. 6 e.v.

Virgo 2012

G.J.Virgo, 'Joint enterprise liability is dead: long live accessory liability', in: CLR 2012, p. 850 e.v.

Vogel 2002

J. Vogel, 'How to determine *individual* criminal responsibility in systematic contexts: twelve models', in: Cahiers de Defense Sociale, p. 151 e.v.

Vogel 2007

J.Vogel, '§ 15', '§ 16', '§ 18' (Bearbeiter), in: H.W. Laufhütte, R. Rissing-Van Saan, K. Tiedemann, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar – Großkommentar*, Berlin: De Gruyter 2007

Vos 1950

H.B.Vos, *Leerboek van het Nederlands strafrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink

Walter 2008

T.Walter, 'Zurechnung statt Schuld? Sukzessive Beteiligung bei Mord, Raub und Raub mit Todesfolge – Besprechung von BGH, NStZ 2008, 280', in: NStZ 2008, p. 548 e.v.

Walter 2009

T. Walter, 'Keine Strafbarkeit als Mittäter oder Teilnehmer bei eigenmächtiger Begehung einer anderen Tat als der des ursprünglichen Tatplans durch die anderen Beteiligten', in: Strafrecht Aktuell 2009, p. 2 e.v.

Wedzinga 1999

W. Wedzinga, 'Medeplegen', in: J.L. van der Neut, *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint 1999

Weisser 2011

B. Weisser, *Täterschaft in Europa* (Habilitationsschrift Köln), Tübingen: Mohr Siebeck 2011

Wessels/Beulke 2010

J. Wessels en W. Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg: C.F. Müller 2010

Wilson 2008

W. Wilson, 'A rational scheme of liability for participating in crime', in: CLR 2008, p. 3 e.v.

Witjens 2011

E.M. Witjens, *Strafrechtelijke causaliteit: de redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011

Van Woensel 1993

A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven* (diss. Universiteit van Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1993

Wolswijk 2007

H.D. Wolswijk, 'Medeplichtigheid', in: J.B.J. van der Leij, *Plegen en Deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007

Wolswijk 2010

H.D. Wolswijk, 'Medeplichtigheid en opzet', in: *Delikt en Delinkwent 2010*, p. 858 e.v.

Zevenbergen 1924

W. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht*, Groningen: Wolters 1924

Rechtspraakregister

Nederland

Hoge Raad

- HR 29 mei 1895, *W* 6678
HR 20 februari 1888, *W* 5524
HR 27 juni 1898, *W* 7146 (Pastoor)
HR 19 december 1910, *W* 9122 (Terp)
HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 961 (Reispas)
HR 25 mei 1914, *NJ* 1914, 898
HR 29 oktober 1934, *LJN* BG 9443, *NJ* 1934, 1673
(Wormerveerse brandstichting)
HR 17 mei 1943, *NJ* 1943, 576 (Hamermoord)
HR 16 april 1946, *NJ* 1946, 328
HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378, m.nt. Röling (IJzerdraad)
HR 10 april 1973, *LJN* AC1366, *NJ* 1973, 468, m.nt. Van Veen
HR 17 november 1981, *LJN* AC7387, *NJ* 1983, 84 m.nt. Van Veen
(Containerdiefstal)
HR 9 maart 1982, *LJN* AC0778, *NJ* 1982, 573
HR 12 oktober 1982, *LJN* AC2660, *NJ* 1983, 799 (Zwarte markt in Eibergen)
HR 15 april 1986, *LJN* AC4107, *NJ* 1986, 740
HR 27 oktober 1987, *LJN* AD0021, *NJ* 1988, 492, m. nt. Mulder
HR 9 juni 1992, *LJN* AC0934, *NJ* 1992, 772, m. nt. Knigge
(Overval te Oirschot I)
HR 9 juni 1992, *LJN* AC0935, *NJ* 1992, 773, m. nt. Knigge
(Overval Oirschot II)
HR 4 mei 1993, nr. 94.012, *DD* 93.401
HR 4 mei 1993, nr. 94.011, *DD* 93.400
HR 10 mei 1994, nr. 97.226 (ongepubliceerd)
HR 9 mei 1995, *LJN* ZD0038, *NJ* 1995, 501
HR 19 december 1995, *LJN* ZD0325, *NJ* 1996, 304
HR 12 november 1996, *LJN* ZD0574, *NJ* 1997, 190
HR 11 februari 1997, *LJN* ZD0638, *NJ* 1997, 440
HR 29 april 1997, *LJN* ZD0148, *NJ* 1997, 654 (Kleurenkopieerapparaat)
HR 20 mei 1997, *LJN* ZK0235
HR 20 januari 1998, *LJN* ZD0902, *NJ* 1998, 426
HR 2 februari 1999, *LJN* ZD1313, *NJ* 1999, 554, m. nt. Schalken
HR 8 mei 2001, *LJN* AB1473
HR 8 mei 2001, *LJN* AB1472, *NJ* 2001, 480 (Bacchus)
HR 13 november 2001, *LJN* AD4372, *NJ* 2002, 245

HR 28 mei 2002, LJV AD9962, *NJ* 2003, 142
HR 17 september 2002, LJV AE6118 (Veghel)
HR 25 maart 2003, LJV AE9049, *NJ* 2003, 552, m. nt. Buruma (HIV-I)
HR 14 oktober 2003, LJV AJ1457, *NJ* 2005, 183, m. nt. Knigge
HR 14 oktober 2003, LJV AJ1396, *NJ* 2004, 103
HR 21 oktober 2003, LJV AF7938, *NJ* 2006, 328, m. nt. Mevis (Drijfmest)
HR 13 januari 2004, LJV AN9177, *NJ* 2005, 63
HR 17 februari 2004, LJV AN9360, *NJ* 2004, 323
HR 24 februari 2004, LJV AO1498, *NJ* 2004, 375, m. nt. Mevis
HR 29 maart 2005, LJV AS2757 (Dev Sol)
HR 12 april 2005, LJV AS2769, *NJ* 2005, 577 m.nt. Mevis
HR 6 september 2005, LJV AT2760, *NJ* 2006, 50
HR 6 december 2005, LJV AU2246, *NJ* 2007, 455
HR 28 februari 2006, LJV AU9380, *NJ* 2006, 178
HR 18 april 2006, LJV AV4871
HR 31 oktober 2006, LJV BD1381, *NJ* 2009, 79
HR 20 februari 2007, LJV AZ2105, *NJ* 2007, 263, m. nt. Reijntjes
HR 10 april 2007, LJV AZ5713, *NJ* 2007, 224
HR 5 juni 2007, LJV BA1760, *NJ* 2007, 342
HR 2 oktober 2007, LJV BA7932, *NJ* 2007, 553
HR 4 maart 2008, LJV BC0780, *NJ* 2008, 156
HR 18 maart 2008, LJV BC6157, *NJ* 2008, 209
HR 18 november 2008, LJV BF0196
HR 16 december 2008, LJV BG2146
HR 16 december 2008, LJV BG2140
HR 16 december 2008, LJV BG2139
HR 12 mei 2009, LJV BH0185
HR 7 juli 2009, LJV BI3862, *NJ* 2009, 482, m. nt. Mevis
HR 6 oktober 2009, LJV BJ9367, *NJ* 2009, 504
HR 17 november 2009, LJV BJ7262
HR 19 januari 2010, LJV BK4816
HR 2 maart 2010, LJV BK 9035
HR 9 maart 2010, LJV BK3356, *NJ* 2010, 193, m. nt. Mevis
HR 9 maart 2010, LJV BJ7275, *NJ* 2010, 194 m. nt. Mevis
HR 20 april 2010, LJV BL6765, *NJ* 2010, 250
HR 5 oktober 2010, LJV BN2292
HR 14 december 2010, LJV BO2966, *NJ* 2011, 313
HR 18 januari 2011, LJV BO6365
HR 22 maart 2011, LJV BO2629, *NJ* 2011, 341, m.nt. Schalken
HR 22 maart 2011, LJV BO4471, *NJ* 2011, 342, m.nt. Schalken
HR 24 mei 2011, LJV BP6581, *NJ* 2011, 481, m. nt. Keijzer
HR 5 juli 2011, LJV BQ0676
HR 13 september 2011, LJV BQ4677
HR 4 oktober 2011, BR2220, *NJ* 2011, 470
HR 25 november 2011, LJV BF3310
HR 17 januari 2012, LJV BU3997

Rechtspraakregister

HR 6 maart 2012, LJN BQ8596, *NJ* 2012, 176
HR 8 mei 2012, LJN BV9976
HR 3 juli 2012, LJN BW8766
HR 20 november 2012, LJN BY0267, *NJ* 2012, 677
HR 27 november 2012, LJN BY0838, *NJ* 2012, 694
HR 8 januari 2013, LJN BX6742, *NJ* 2013, 112, m. nt. Keijzer
HR 5 maart 2013, LJN BZ2942

Gerechtshoven

Hof 's-Gravenhage, 29 maart 2000, LJN AA5303
Hof 's Hertogenbosch, 7 mei 2013, LJN BZ9557

Duitsland

Reichsgericht

RG 23 november 1933, *RGSt* 67, 367

RG 19 februari 1940, *RGSt* 74, 84 (Badewannenfall)

Bundesgerichtshof

BGH 22 april 1955, *BGHSt* 7, 363 (Lederriemenfall)

BGH 23 januari 1958, *BGHSt* 11, 268

BGH 30 september 1970, *NJW* 1971, 152

BGH 6 december 1972, *NJW* 1973, 377

BGH 29 april 1974, 5 *StR* 470/74 (ongepubliceerd)

BGH 10 februari 1977, 4 *StR* 652/76 (ongepubliceerd)

BGH 23 januari 1985, *MDR bei Holz* 1985, 446

BGH 12 februari 1992, *NStZ* 1992, 333

BGH 16 april 1993, *MDR bei Holz* 1993, 1041

BGH 3 november 1995, *NStZ* 1996, 227

BGH 27 mei 1998, *NStZ* 1998, 511

BGH 1 september 1999, *NStZ* 2000, 29

BGH 15 juni 2000, *NStZ-RR* 2000, 327

BGH 30 augustus 2000, *NStZ* 2001, 29

BGH 8 augustus 2001, *NStZ-RR* 2001, 369

BGH 31 oktober 2001, *NStZ-RR* 2002, 74

BGH 9 september 2002, *NStZ* 2002, 597

BGH 16 januari 2003, *NStZ* 2003, 431

BGH 23 juni 2004, *NStZ* 2004, 684 (Butterflymesserfall)

BGH 19 augustus 2004, *NStZ* 2005, 93 (Schweinetrogfall)

BGH 15 september 2004, *NStZ* 2005, 261

BGH 2 december 2004, *NStZ-RR* 2005, 71

BGH 5 november 2005, *NStZ-RR* 2006, 38

BGH 18 december 2007, *NStZ* 2008, 280

BGH 2 juli 2008, *NStZ* 2009, 25

BGH 10 juni 2009, *NStZ-RR* 2009, 309

BGH 16 september 2009, *NStZ* 2010, 33

BGH 22 juli 2010, *HHRS* 2010, 790

BGH 27 januari 2011, *HHRS* 2011, 375

BGH 22 maart 2012, *NStZ* 2012, 384

Engeland en Wales

House of Lords

Johnson v Youden [1950] 1 KB 544
Moloney [1985] AC 905
Woollin [1999] 1 AC 82
Powell/English [1999] AC 1
Jones et al [2006] UKHL 16
Rahman [2008] UKHL 45

Supreme Court

Gnango [2011] UKSC 59

Court of Appeal

Bainbridge [1960] 1 QB 129
Anderson and Morris [1966] 2 QB 110
Calhaem [1985] 1 QB 808
Blakely and Sutton v DPP [1991] RTR 405
Rook [1993] All ER 955
Gianetto [1997] 1 Cr App R 1
Reardon [1999] Crim LR 392
Gilmore [2000] 2 Cr App R 407
Roberts, Day and Day [2001] EWCA Crim 1594, [2001] Crim LR 984
Van Hoogstraten [2003] (ongepubliceerd)
AG's Reference (No 3 of 2004) [2005] EWCA Crim 1882, [2006] Crim LR 63
Bryce [2004] EWCA Crim 1231
Rahman [2007] EWCA Crim 342
Luffman [2008] EWCA Crim 1739
Mitchell [2008] EWCA Crim 2552, [2009] 1 Cr. App. R. 438
Yemoh [2009] EWCA Crim 930
Mendez and Thompson [2010] EWCA Crim 516, [2011] 1 Cr App R 10
A and Others [2010] EWCA Crim 1622
Stringer [2011] EWCA Crim 1396

Pricy Council

Chan Wing-siu [1985] AC 168
Hui Chi-ming [1992] AC 34

Crown Court

Leahy [1985] Crim LR 99

Zuid-Afrika

Robinson [1968] (1) SA 666

Curriculum Vitae

Anne Postma (m) werd op 17 december 1982 te Wezep (gemeente Oldebroek) geboren. Hij studeerde rechten aan de Rijksuniversiteit Groningen. In 2007 behaalde hij de bul van de duale master Nederlands recht (cum laude). Daarnaast volgde hij aan de faculteit Wijsbegeerte de bachelor Wijsbegeerte van een Bepaald Wetenschapsgebied (afgerond in 2008).

Anne is in 2008 begonnen met het doen van promotieonderzoek. Daarnaast heeft hij onderwijs verzorgd op het gebied van straf(proces)recht.